CODIFICATION: VALEURS ET LANGAGE

ACTES

du

colloque international
de droit civil comparé

Conseil de la langue française
Gouvernement du Québec

Université McGill
Institut de droit comparé

Université de Montréal
Faculté de droit

Québec

CODIFICATION:

VALEURS ET LANGAGE

CODIFICATION: VALEURS ET LANGAGE

ACTES

du

colloque international
de droit civil comparé

Montréal, 1er, 2 et 3 octobre 1981
Hôtel Méridien

Conseil de la langue française
Gouvernement du Québec

Université McGill
Institut de droit comparé

Université de Montréal
Faculté de droit

Le contenu de cette publication
a été rédigé sous la direction
du Comité d'organisation du colloque

Cette édition a été produite
par le Service des communications
du Conseil de la langue française

Dépôt légal - 4e trimestre 1985
Bibliothèque nationale du Québec
ISBN 2-550-12887-7

TABLE DES MATIÈRES

CODIFICATION: VALEURS ET LANGAGE 9

Allocution du ministre de l'Éducation
M. **Camille Laurin** 15

OUVERTURE DU COLLOQUE
Séance principale d'ouverture, M. le professeur
Paul-André Crépeau 21

Allocution d'ouverture, M. **Michel Plourde** 22
président du Conseil de la langue française

Mots de bienvenue,
M. le recteur **David L. Johnston** de l'Université
McGill 26
M. le recteur **Paul Lacoste** de l'Université
de Montréal 28

Conférence inaugurale
CODIFICATION CONTEMPORAINE: VALEURS ET LANGAGE
M. le professeur **Gérard Cornu**, Paris II 31

Séance plénière
CODIFICATION: MÉTHODE LÉGISLATIVE 49

Animateur: M. le doyen **J.E.C. Brierley**, Montréal .. 51
Communications:
M. le professeur **Jean-Louis Baudouin**, Montréal 52
M. le professeur **W.M. Kleyn**, Leiden 69
Débat

CODIFICATION: LANGAGE ET INTERPRÉTATION 85

Animateur: M. le professeur Jean Pineau, Montréal . 87
Communications:
M. **Michel Sparer**, Québec 90
M. le professeur **Rodolfo Sacco**, Turin 101
M. le professeur **Jean-Noël Mazen**, Dijon 111
Débat

ATELIER I : **LA PERSONNE - RESPECT DE LA PERSONNE HUMAINE** 125

Animateur: M. le juge **René Hurtubise**, Montréal 127
Communications:
M. **Jean Martucci**, Québec 136
M. le professeur **Rainer Frank**, Augsbourg 147
M^e **Madeleine Caron**, Montréal 158
Débat

ATELIER II : **LA FAMILLE - RELATIONS D'ORDRE PERSONNEL** 197

Animateur: M^me le juge **Claire L'Heureux-Dubé**, Québec 199
Communications:
M. le professeur **Uri Yadin**, Jérusalem 204
M. le recteur **Alfred Von Overbeck**, Fribourg 211
M^me **Claire Bonenfant**, Québec 230
M. le professeur **Wolfram Müller Freienfels**, Friburg 241
M^me le professeur **Marie-Thérèse Meulders-Klein**, Louvain-la-Neuve 252
Débat

ATELIER III : **LES OBLIGATIONS - LA JUSTICE CONTRACTUELLE** 293

Animateur: M. le professeur **Maurice Tancelin**, Québec 295
Communications:
M. le professeur **Hein Kötz**, Hambourg 296
M. le professeur **Jacques Ghestin**, Paris I 309
M. le professeur **Saul Litvinoff**, Baton Rouge 315
M. **Jacques Grand'Maison**, Montréal 348
Débat

SÉANCE PLÉNIÈRE
CODIFICATION: INSERTION DU DROIT NOUVEAU 367
Animateur: M. le professeur **André Morel**, Montréal . 369
Communications:
M. le professeur **François Terré**, Paris 375
M. le professeur **Alain-F. Bisson**, Québec 390
Débat

CODIFICATION: LE ROLE DU JUGE 403
Animateur: M. le juge **Jacques Dugas**, Montréal 405
Communications:
M. le professeur **Walter Van Gerven**, Louvain 423
M^e **Mack E. Barham**, Nouvelle-Orléans 433
Débat

ATELIER I : **LA PERSONNE - PROTECTION DE L'INCAPABLE** 461
Animateur: M^me le juge **Michèle Rivet**, Montréal 463
Communications:
M. le professeur **Farouk Mechri**, Tunis 464
M^me le professeur **Édith Deleury**, Québec 475
M. **Edward Keyserlingk**, Ottawa 489
M. le professeur **Rainer Frank**, Augsbourg 507
Débat

ATELIER II : **LA FAMILLE - RELATIONS D'ORDRE PATRIMONIAL** 533
Animateur: M^e **Julien Mackay**, Notaire, Montréal ... 535
Communications:
M^me le professeur **Katherine Spaht**, Baton Rouge 538
M. le professeur **Gregor van der Burght**, Amsterdam . 550
M. le professeur **Philipe Rémy**, Poitiers 566
M. le professeur **Ernest Caparros**, Québec 591
Débat

ATELIER III : **LES OBLIGATIONS - L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE** 607
Animateur: M^e **Claude Tellier**, avocat, Montréal 609
Communications:
M^me le professeur **Geneviève Viney**, Paris 610
M^e **A.S. Hartkamp**, La Haye 625
M. le professeur **Claude Fabien**, Montréal 641
M. le professeur **Jerzy Rajsky**, Varsovie 673
Débat

Conférence de clôture
M. le juge **Jules Deschênes** 684

Comité d'organisation

M. le professeur Paul-André CRÉPEAU,
président du comité
Université McGill

M. Michel SPARER,
secrétaire général du colloque
Conseil de la langue française

Me Laurier SAINT-PIERRE,
trésorier
Conseil de la langue française

M. le professeur Peter HAANAPPEL,
Université McGill

M. le professeur Ejan MACKAAY,
Université de Montréal

Me Georges ROCHON,
Conseil de la langue française

Le Comité d'organisation remercie le Conseil de la langue française (gouvernement du Québec), l'Université McGill et l'Université de Montréal pour avoir donné vie à ce colloque.

Il remercie également les organismes et gouvernements pour leurs contributions, notamment: le gouvernement du Québec, ministère de la Justice; les gouvernements français, belge et néerlandais; l'Institut Gœthe de Montréal; la Chambre des notaires du Québec et le Barreau du Québec.

COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT CIVIL COMPARÉ

CODIFICATION: VALEURS ET LANGAGE

Dans les pays qui ont connu le régime de la codification du droit privé, on a vu, au cours des dernières décennies, surgir diverses tendances touchant la nécessité ou l'opportunité d'une réforme, globale ou parcellaire, du Code civil. Dans plusieurs pays, notamment en Belgique, en France, en Suisse, ce mouvement a amené la réforme de certains secteurs du Code civil et, plus particulièrement, du droit des personnes et de la famille. Les Pays-Bas et le Québec ont, pour leur part, étendu cette volonté de réforme à l'ensemble du Code civil.

Devant l'ampleur et la diversité de ces initiatives, il a paru opportun de s'interroger sur la démarche même que constitue la codification. Reste-t-elle un procédé valable? Quelles valeurs doit-elle véhiculer? Quel doit être son langage? Ce colloque n'est donc pas une simple rencontre de civilistes orientée vers la codification; il est consacré à la codification, à ses valeurs et à son langage.

Cette manifestation et ses résultats ont une originalité supplémentaire: les trois orientations, codification (méthode), valeurs et langage, ne sont pas trois sous-thèmes à traiter isolément. Ces trois orientations sont, ensemble, le lot de chaque intervenant. Nous aurions pu demander à chaque conférencier de ne s'attacher qu'à l'un de ces trois aspects. Cela eût abouti à trois colloques ordinaires dont la seule originalité aurait été la concomitance.

L'intérêt de cette manifestation ainsi que des communications et réflexions qu'elle a suscitées réside dans le fait que chaque intervenant a réussi à intégrer ces paramètres à sa réflexion sur la codification. Ces trois éclairages sont d'ailleurs indissociés dans le produit fini: le Code. Ce colloque vise à raisonner cette intégration plutôt que de la laisser naître au hasard des situations pratiques.

Les trois organismes qui ont conçu ce colloque ont également joint leurs intérêts, lesquels sont divers.

- Le Conseil de la langue française, dont l'une des missions est d'étudier l'évolution de la langue française, porte un intérêt actif au langage juridique. Il a publié jusqu'ici quatre ouvrages sur les techniques de rédaction des lois. Ces études ne concernent pas seulement l'aspect terminologique du langage juridique mais aussi et surtout l'économie générale des textes, notamment la structure des textes ou des ensembles de textes législatifs. Ces études sont par ailleurs résolument orientées vers l'aspect culturel de la rédaction des textes juridiques; d'où l'intérêt du Conseil pour la codification du droit, sous tous ses aspects.

- L'Institut de droit comparé de l'Université McGill s'est préoccupé de codification de façon constante ces dernières années. Plusieurs de ses membres, notamment les professeurs J.E.C. Brierly et Yves Caron, ont participé à la réforme du droit civil au sein de l'Office de révision du Code civil dont le professeur Crépeau a été le président pendant de nombreuses années.

- L'Université de Montréal compte nombre de professeurs qui se sont penchés précisément sur les problèmes de codification et de langage juridique. Sans pouvoir les citer tous, mentionnons les professeurs Jean-Louis Baudouin, Roger Comtois, Jean Pineau, Pierre Martineau pour leurs recherches sur la codification, et le professeur Ejan Mackaay pour ses recherches sur le langage juridique.

L'éventail des systèmes juridiques représentés:

BELGIQUE
CANADA
FRANCE
ISRAEL
ITALIE
LOUISIANE
PAYS-BAS
POLOGNE
QUÉBEC
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE
SUISSE
TUNISIE

de même que les travaux du colloque ont contribué à faire de cette rencontre un événement scientifique de niveau international, dont le produit présenté ici reste plus que jamais d'un intérêt évident.

En terminant, nous aimerions remercier toutes les personnes qui ont pris part à la réalisation de ce colloque. En particulier, nous remercions les conférenciers dont les brillantes communications nous ont été l'occasion de mesurer l'importance de la tradition civiliste, et qui ont consenti à la publication de leurs réflexions. Nous remercions aussi les animateurs qui ont présidé les séances et ateliers ainsi que les participants qui y ont pris une part active pendant trois jours. Nous remercions les membres du Conseil de la langue française, de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, et ceux de l'Université de Montréal, qui ont contribué à l'organisation et à la réussite de cette rencontre. Nous remercions, enfin, le docteur Camille Laurin, qui, en sa qualité de ministre de l'Éducation du Québec, a bien voulu présider ce colloque et y prononcer l'allocution d'ouverture, et monsieur le juge en chef, Jules Deschênes, qui nous a fait l'honneur de prononcer la conférence de clôture.

La réalisation de ces actes n'aurait pas été possible sans l'étroite collaboration du Conseil de la langue française et de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill.

Nous tenons à remercier Madame Marcelle Fiorentini pour sa révision minutieuse de ces actes ainsi que la Fondation Wainwright qui a apporté un soutien financier appréciable à la phase de révision.

Le comité d'organisation

Les textes des conférenciers suivants ont été rédigés initialement dans la langue de l'auteur. Ils sont disponibles dans leur version originale, sur demande, en s'adressant au Conseil de la langue française.

Rainer FRANK
Mack E. BARHAM
Saul LITVINOFF
Hein KÖTZ
W. Müller FREIENFELS
Uri YADIN
W.M. KLEYN
Katherine SPAHT
Gregor VAN DER BURGHT
Arthur S. HARTKAMP

SÉANCE INAUGURALE

DISCOURS de monsieur **Camille Laurin**, ministre de l'Éducation

SÉANCE PRINCIPALE D'OUVERTURE
présidée par monsieur le professeur **Paul-André Crépeau**, directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill de Montréal

ALLOCUTION D'OUVERTURE
Monsieur **Michel Plourde**,
Président du Conseil de la langue française

MOTS DE BIENVENUE
de M. le recteur **Johnston** de l'Université McGill
de M. le recteur **Lacoste** de l'Université de Montréal

CONFÉRENCE INAUGURALE

CODIFICATION CONTEMPORAINE : VALEURS ET LANGAGE

Monsieur le professeur **Gérard Cornu**,
professeur à la Faculté de droit, d'économie
et de sciences sociales de Paris

OUVERTURE DU COLLOQUE INTERNATIONAL DE DROIT CIVIL COMPARÉ

Le 1er octobre 1981, au cocktail d'ouverture de ce colloque de droit, monsieur Michel Plourde, président du Conseil de la langue française, prend la parole.

M. Michel Plourde :

J'ai le plaisir et l'honneur, comme président du Conseil de la langue française du Québec, de vous souhaiter à tous la plus cordiale bienvenue à ce cocktail d'ouverture du colloque : Codification : valeurs et langage. Nous avons le plaisir et l'insigne privilège d'avoir avec nous, ce soir, monsieur Camille Laurin, ministre de l'Éducation et ministre responsable de l'application de la Charte de la langue française, loi constituante du Conseil de la langue française.

Monsieur le ministre Laurin a toujours montré un intérêt marqué pour les travaux du Conseil et une assiduité vraiment exceptionnelle à toutes nos activités et nos manifestations. Je le remercie chaleureusement de s'être joint à nous ce soir, d'avoir accepté de venir et, sans plus tarder, j'invite monsieur le ministre à vous adresser la parole.

M. Camille Laurin :

Distingués invités, mesdames, messieurs.

Je suis très heureux, au nom du gouvernement du Québec, de vous souhaiter la bienvenue à ce colloque : Codification : valeurs et langage. D'autant plus heureux que, à la dernière occasion que nous avions eue de nous rencontrer, c'était, je crois, à Pointe-au-Pic, nous avions déjà commencé à aborder certains des thèmes que vous êtes appelés maintenant à approfondir et à envisager dans une perspective encore plus large. Je suis heureux aussi que ce colloque ait lieu sous l'égide des trois organismes qui vous accueillent aujourd'hui, c'est-à-dire le Conseil de la langue française, l'Institut de droit comparé de l'Université McGill et la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Le Conseil de la langue française lequel, en plus de la mission que lui impartit la loi 101 de surveiller l'évolution de la langue française, ou plutôt à l'intérieur de cette mission, est devenu et devient de plus en plus un organisme de recherche sur les fondements mêmes de la langue et de la culture. Il n'est donc pas étonnant qu'il s'intéresse au droit, lequel traduit l'expression même de ces réalités et contribue, d'une façon de plus en plus étoffée et profonde, à l'évolution de nos connaissances dans les domaines qui vous intéressent.

L'Institut de droit comparé de l'Université McGill aussi, qui compte un très grand nombre de sommités du droit, et est dirigé depuis plusieurs années par monsieur Paul-André Crépeau, qui m'honore de son amitié et est engagé dans une réforme fondamentale de notre droit civil.

Et aussi l'Université de Montréal, qui compte, à titre de vieille université, (ici, les vieilles universités on s'entend) un très grand nombre de sommités et qui, par son enseignement aussi bien que par ses recherches à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Institut de droit public, apporte, elle aussi, sa contribution éminente à la progression du savoir.

C'est donc pour moi un grand plaisir et un grand honneur de me retrouver avec vous, de vous souhaiter la bienvenue et de partager à l'avance le fruit de vos travaux que j'estime, si le passé est garant de l'avenir, très importants, non seulement pour la progression du savoir qui vous est propre, dans les disciplines que vous exercez, mais aussi pour l'évolution de nos institutions au Québec aussi bien que dans vos pays respectifs.

Ce colloque international de droit civil comparé permettra donc d'échanger, au cours des prochains jours, commentaires et réflexions sur la codification, ses valeurs et son langage. En plus de constituer un recueil des règles de droit, le code établit une sorte de carte topographique du droit. L'opération de codification ou de réforme du Code, telle que le Québec l'a connue, est un moment privilégié de la vie juridique d'un pays. C'est l'occasion de faire le bilan des besoins de la société, mais aussi, chemin faisant, de faire le bilan du droit et de la réalité sociale qui s'y rattache. S'agissant du Code civil, il est évident que la réalité sociale dont il s'agit est capitale, puisque le Code civil est la traduction juridique des structures fondamentales d'une société:

la famille, les personnes, les obligations etc. L'opération de codification ou de réforme de la codification est un moment privilégié non seulement de la vie juridique, mais également de la vie sociale et culturelle d'une nation, d'un pays. C'est également une expérience unique en son genre car, regrettons-le, le législateur, grand auteur de lois ordinaires, ne prend pratiquement jamais la peine de faire ce genre de bilan dans les centaines de lois qu'il produit, souvent, à l'emporte-pièce, chaque année.

L'opération dite de refonte des lois ne permet guère cette réévaluation fondamentale du droit et des lois. Il ne s'agit le plus souvent que d'une grande toilette documentaire et typographique de la loi. Elle ne permet pas d'ordonner suffisamment la législation et laisse malheureusement le justiciable face à cette masse toujours croissante de règles particulières. Règles qui s'imposent à lui mais qui ne se présentent pas de manière suffisamment structurée et claire pour être comprises.

Le code, tel que nous le connaissons sous la forme de Code civil, présente à cet égard des avantages substantiels. Il regroupe de manière thématique l'ensemble d'un secteur du droit, en l'occurrence le droit civil, ce qui permet à l'usager de savoir où se trouvent ses droits dans les matières touchant la personne, la famille, la filiation, les successions, les obligations, etc.

Mais aussi la méthode et la pensée qui ont présidé à l'élaboration du Code civil ont entraîné un type d'expression particulier, marqué par la concision et la sobriété. On y observe un recours systématique à une pensée hiérarchisée et à un jeu structuré de principes généraux. Ceci n'est pas le cas en droit britannique où la nature de la common law et la production foisonnante de règles, tant par les juges que par les législateurs, font du système juridique un ensemble dont il est difficile de dégager les principes directeurs. Au Québec, nous sommes quand même heureux de profiter des deux systèmes tels que les expriment la common law ou le Code civil et, c'est notre défi, notre pari, de tenter non seulement de les harmoniser mais d'en tirer le maximum de bénéfices pour notre société.

Enfin, le code est remarquable par sa structure et son vocabulaire. Structuré en thèmes et en sous-thèmes, il est d'un maniement facile et permet, avant même

qu'on lise les dispositions particulières, de savoir ce qui, dans l'esprit du législateur, est important et ce qui est accessoire. Le vocabulaire employé, par ailleurs, a deux qualités principales : d'une part, il est relativement accessible; d'autre part, il est homogène. C'est sans doute cela l'avantage de procéder par grandes fresques dans l'énoncé des règles de droit. L'auteur est astreint à structurer, hiérarchiser sa pensée. Il est aussi amené tout naturellement à s'inquiéter de la cohérence tant logique que juridique et même langagière.

Enfin, un code tel le Code civil, permet de présenter à la population un schéma relativement clair d'organisation sociale et non pas, comme le font les lois ordinaires, un ensemble de règles particulières. Dans le cas du Code civil, le schéma d'organisation sociale qu'il véhicule représente, comme nous le disions plus haut, les structures fondamentales de notre société.

Bref, le Code civil, par sa présentation, par sa structure et par sa taille, est en mesure de donner, au-delà des règles qu'il adopte, le reflet d'ensemble d'un ordre culturel. Ce n'est pas par hasard que le Québec se distingue dans l'univers nord-américain. Par delà les aspects de langage et de traditions séculaires, le Québec a pour trait distinctif important d'être régi par le Code civil, héritage du Code Napoléon, adopté en 1866, et qui reste l'un des faits culturels les plus importants de la vie de notre société. C'est pourquoi, d'ailleurs, il serait dommage que le monde juridique ne considère la réforme proposée en 1978 que du seul point de vue des techniques juridiques.

J'espère donc que les juristes, les sociologues, les éthiciens, les linguistes voudront bien considérer l'évolution de notre droit civil sous tous ses aspects, juridiques certes, mais aussi sociologiques, éthiques et linguistiques. On ne peut espérer réformer des aspects aussi fondamentaux de l'organisation sociale sans considérer les enjeux culturels de cette démarche. Le sort qu'on réservera à notre droit civil, et surtout à cette technique d'assemblage et de réassemblage de réalités qu'est la technique de codification, aura un impact certain et direct sur l'image distinctive de la société québécoise.

Certes, le Code civil n'existe pas seulement que pour nous distinguer. L'organisation sociale et juridique qui nous distingue est essentiellement précieuse

pour notre société, en ce qu'elle constitue une structure cohérente des rapports sociaux qui, depuis plusieurs siècles déjà, sont fondés sur les valeurs fondamentales héritées en droite ligne de la civilisation française et entretenues de façon ininterrompue au Québec avec l'opiniâtreté qui fait que nous sommes encore ici aujourd'hui, au sein d'un système culturel particulier, d'un système culturel que nous voulons également garder: au sein de notre culture.

Les instruments culturels majeurs dont font partie les lois, à commencer par le Code civil, doivent être présents et protégés. Ils doivent être présents, afin que tous les membres de notre communauté culturelle, tous les Québécois puissent prendre connaissance de ce qui fait la trame de leur vie collective et de leurs rapports particuliers. À cet égard, un ensemble structuré composé d'énoncés généraux, simplement exprimés au sein d'un document unique, est une manière parmi les meilleures de présenter au citoyen la société dans laquelle il vit. Le code, instrument culturel, doit aussi être protégé. C'est face à cet aspect que je désire inviter, non seulement les juristes, mais aussi les sociologues et les linguistes, à s'associer pour protéger ce code qui doit être considéré, non pas comme un simple assemblage de règles juridiques, non pas comme un traité sociologique des valeurs, non pas comme un exercice de style, mais, en fait, comme un peu tout cela à la fois. De toute manière, ces aspects se retrouveront dans un Code civil, implicitement ou explicitement, qu'on en prenne conscience ou non.

Toutefois, il est important que ces aspects juridiques, éthiques et linguistiques soient consciemment intégrés pour que droit, valeurs et langage jouent, en étroite complémentarité, le rôle qu'ils ont à jouer dans la conception de la règle juridique, ainsi que dans sa mise en oeuvre, dans son expression et dans son interprétation.

Je suis donc très heureux que ce colloque vous donne l'occasion d'étudier toutes ces questions. Je me réjouis au surplus que cette rencontre se tienne au Québec, au moment même où nous commençons à faire l'expérience d'une réforme d'envergure de son Code civil. Je me réjouis aussi que nous ayons ouvert les portes de ce colloque à des civilistes étrangers, pour autant qu'on puisse être étranger au Québec lorsqu'on est civiliste. Le Québec peut donc s'attendre à bénéficier de votre part d'indications sur les expériences similaires et antérieures réalisées à l'étranger et, enfin, à recevoir de

précieux commentaires sur la méthode employée actuellement au Québec pour cette réforme. En effet, parmi vous, on trouve des Néerlandais et des Français qui, depuis plusieurs dizaines d'années, ont mené à terme une réforme de grande envergure de l'ensemble ou d'une partie importante de leur Code civil. On retrouve aussi des civilistes d'autres pays, qui, par leurs publications, par leurs écrits ont montré des voies prospectives extrêmement importantes en ce domaine. Sans doute votre avance chronologique dans ce domaine fait de vous des interlocuteurs de choix dans le débat qui nous confronte.

Un dernier intérêt de ce colloque est de mettre en relief, auprès de la communauté juridique québécoise, le fait que la législation n'a pas et ne saurait avoir, et de loin, que des incidences juridiques.

Enfin, rappelons-le, ce colloque a pour but de mettre en lumière le lien qui existe entre le sort qu'on réservera à notre droit civil et le destin culturel et politique du Québec. Je m'adresse ici évidemment aux participants qui sont du Québec. Et je suis heureux de constater que, dans cet effort, se sont associées autant de sommités venant de tous les pays. Je suis convaincu que ce colloque portera des résultats aussi féconds et aussi riches que celui que nous avons eu l'an dernier.

Pour ma part, je suivrai de loin vos travaux; comme pour le colloque qui a précédé, je m'empresserai de lire avec grand intérêt les actes de ce colloque, heureux en même temps de la contribution que vous aurez apportée au progrès du Québec, au progrès du savoir et, en même temps, aux valeurs les plus profondes et les plus riches de l'humanité.

SÉANCE PRINCIPALE D'OUVERTURE PRÉSIDÉE PAR M. LE PROFESSEUR PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU, DIRECTEUR DE L'INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE L'UNIVERSITÉ McGILL, MONTRÉAL

M. Paul-A. Crépeau :

Ce colloque international de droit civil comparé revêt, à plusieurs égards, un caractère particulier. On a d'abord voulu le situer dans le cadre d'une grande réunion de famille, en y conviant des représentants autorisés de systèmes juridiques qui partagent avec nous, du Québec, l'héritage prestigieux de la tradition civiliste issue de la convergence des trois grandes sources : le droit romain, le droit canonique et les coutumes germaniques, et qui ont également vécu en ces récentes années l'expérience exaltante de la réforme globale ou partielle de leur droit civil. Il paraissait, en effet, souhaitable de susciter l'occasion d'une réflexion commune sur les problèmes et les difficultés que soulève la mise à jour des institutions du droit privé concernant la personne humaine, la famille, la propriété, le contrat, la responsabilité civile, de même que sur les craintes et les espoirs que suscite la mise en oeuvre d'une telle entreprise sous la forme d'un Code civil. À cet égard, nous sommes vraiment très heureux d'avoir avec nous d'éminents représentants de la tradition de common law et je suis certain que leur collaboration sera pour nous tous très enrichissante.

Une réforme véritable du Code civil qui, dans une société démocratique et pluraliste, se doit d'être le reflet authentique des valeurs dominantes d'une société, suppose, comme le notait justement notre collègue et ami André TUNC, une révision prise au sens propre du terme, - re-vision -(1), afin de permettre, comme en tout cas l'a voulu l'Office de révision du Code civil du Québec, une réflexion critique, à la fois sur les valeurs que le Code incarne et sur le langage qui les exprime.

---

1. Voir A. Tunc, dans sa Préface de l'ouvrage de Geneviève Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

Aussi, convenait-il d'élargir les bases de ces assises et, dans une perspective interdisciplinaire, d'y convier politicologues, sociologues, éthiciens et linguistes, de manière à prendre ensemble la vraie mesure d'une telle oeuvre de réforme des institutions du droit civil.

Nous sommes particulièrement reconnaissants au Conseil de la langue française du Québec, qui ces dernières années s'est vivement intéressé au langage du droit, le lancement de ce soir en est encore une preuve éclatante, d'avoir saisi tout l'intérêt, toute l'importance d'une telle rencontre et, avec la collaboration de l'Université de Montréal et de l'Université McGill, d'en avoir effectivement assuré la réalisation.

Il m'est donc agréable ce soir de laisser au président du Conseil de la langue française du Québec, monsieur Michel Plourde, puis à messieurs les recteurs de l'Université McGill et de l'Université de Montréal, le soin de vous dire toute la joie que nous ressentons à vous accueillir.

M. Michel Plourde :

Je suis heureux et très honoré, comme président du Conseil de la langue française du Québec, de me joindre au recteur de l'Université McGill, monsieur Johnston, au recteur de l'Université de Montréal, monsieur Lacoste, et au comité d'organisation de ce colloque présidé par monsieur Crépeau pour vous souhaiter à tous la plus cordiale bienvenue et former des voeux pour que les discussions, les échanges de cette importante rencontre connaissent le plus franc succès.

On se demandera peut-être pourquoi un organisme public voué à la langue, comme le Conseil de la langue française, s'intéresse de près à la codification des lois. Il convient d'abord de rappeler le mandat général du Conseil de la langue française. Cet organisme a été créé par l'Assemblée nationale du Québec en 1977 et la loi qui le constitue est connue sous le nom de Charte

de la langue française(1). Cette charte fait du français la langue officielle du Québec et la langue normale du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires. Le mandat du Conseil est de donner des avis au ministre responsable sur l'interprétation et l'application de la législation linguistique du Québec et aussi de poursuivre des études et des recherches sur l'évolution de la situation de la langue française au Québec dans les différents secteurs de la vie publique et sociale. C'est ainsi que des recherches démographiques, sociologiques, économiques et juridiques sont actuellement en cours au Conseil. À titre d'exemple, permettez-moi de citer les trois dernières publications du Conseil qui portaient l'une sur la langue des commerces et des services publics, l'autre sur les attributs linguistiques et les disparités de revenus au sein de la main-d'oeuvre hautement qualifiée et la troisième sur les droits linguistiques des Acadiens du Nouveau-Brunswick.

Mais pourquoi le Conseil de la langue française s'intéresse-t-il au domaine juridique? Il y a à cela deux réponses, deux raisons que nous tirons toutes deux de la Charte de la langue française elle-même. Il y est dit d'abord que le Conseil doit conseiller le ministre sur la politique québécoise de la langue française. Or, on ne saurait, il me semble, s'acquitter adéquatement de cette tâche si la réflexion qu'on poursuit n'est éclairée par la connaissance de ce qui se fait ailleurs. C'est pourquoi le Conseil a entrepris un programme d'études comparées des législations linguistiques, des politiques linguistiques, que se sont données d'autres pays dans des circonstances analogues ou différentes. Le lancement que nous avons fait tantôt, de la publication portant sur la politique juridique de la langue française en France, entre dans cette catégorie.

Mais il y a plus. Quand on lit la Charte de la langue française, on s'aperçoit que c'est au chapitre consacré au Conseil de la langue française qu'il est question, à deux reprises, de la qualité de la langue. Or, parmi les facteurs les plus importants qui concourent à la qualité de la langue, il faut mentionner, je pense, l'ordre et la clarté, la compréhension et l'accessibilité. Et qui niera l'importance de ces facteurs, à la fois dans la rédaction et la codification des lois?

---

1. Voir à ce sujet, L.Q. 1977, chap. 5, art. 185-204.

Depuis une quinzaine d'années, en raison des nouvelles conjonctures économiques et sociales, la plupart des gouvernements ont été amenés à multiplier les lois dans tous les domaines de l'activité publique et sociale. Chaque citoyen est atteint, je dirais presque quotidiennement, par une loi ou par une autre ; il ne peut donc y rester étranger. Elle doit lui être familière et accessible. Or, quelle langue emploie-t-on pour rédiger cette loi, pour atteindre le citoyen? Nos législateurs sont pressés, on le sait bien ; ils bénéficient bien sûr de l'aide d'excellents conseillers juridiques. Mais les rédacteurs de lois sont-ils toujours attentifs et, d'ailleurs, sont-ils toujours préparés à l'énorme responsabilité qui est la leur lorsqu'ils traduisent par le langage une règle de conduite pour leurs contitoyens?

Conscient de ce problème et de ce besoin, le Conseil de la langue française s'est donné un secteur de recherches sur les techniques et les conditions de la rédaction des lois. Ces efforts ont débouché sur des publications et des colloques à participation internationale, dont le dernier s'est tenu à Pointe-au-Pic en septembre dernier. Le lancement que nous avons fait tantôt de la publication portant sur les locutions latines dans le droit positif québécois, marque un autre jalon dans les efforts entrepris par le Conseil pour rapprocher la linguistique et le droit et pour sensibiliser, autant que faire se peut, les juristes et les législateurs à la nécessité de dépouiller la langue juridique de certains emprunts qui peuvent en compromettre la clarté et pour en arriver le plus vite possible à une langue limpide, directe, élégante et accessible à tous.

Mais s'il arrive souvent que le simple citoyen s'embourbe dans la lecture d'une loi, comment se retrouvera-t-il dans l'ensemble des dispositions qui le régissent? Comment ne se sentira-t-il pas écrasé sous ce que j'appellerais le gratte-ciel juridique si on ne met pas devant ses yeux une maquette à échelle d'homme, qui lui montre clairement et familièrement les fondations, les structures et les clefs de voûte de cet échafaudage qui constitue sa propre demeure?

L'entreprise de codification des lois tire sa noblesse et son importance du fait qu'elle est toute à la fois et en même temps une oeuvre de logique, de philosophie sociale, de morale et de pédagogie. Le codificateur est un maître au vrai sens du terme ; le justiciable est son disciple. Il conformera en quelque sorte son agir à l'image de lui-même que lui renvoie le précepteur. Et par

quel moyen ce grand maître s'acquitte-t-il de sa responsabilité? Par le moyen du mot, du verbe, de la phrase, du langage. Si le mot est flou ou inconstant, le citoyen se trompera de porte et la codification ne sera plus la fin du hasard. Si la phrase est sinueuse, éparpillée ou alambiquée, on ne trouvera plus que des dédales, là où on cherchait un chemin clair et une structure ordonnée. Si le langage échappe à la rigueur de la logique, l'échafaudage ne sera plus qu'un amas de préceptes où s'entassent pêle-mêle l'essentiel et l'accessoire.

La codification des lois est une entreprise trop importante, elle touche à trop de valeurs personnelles, familiales et sociales pour en faire un simple bibelot d'inanités sonores. N'y a-t-il pas d'ailleurs une analogie frappante entre le processus même de codification et le processus de langage? On n'arrivera jamais à parler ni à codifier par simple addition de mots ou par simple compilation de lois. Qu'il parle ou qu'il codifie, le maître est d'abord un architecte ; il obéit à un plan. Qu'il s'agisse d'un échafaudage de paroles ou d'un échafaudage de lois, il faut connaître le destinataire : ses habitudes, ses besoins, ses comportements, et faire en sorte qu'il se retrouve dans la maison qu'on lui fabrique. C'est pourquoi il n'y a ni langage, ni codification sans un mûrissement intérieur du produit à fournir, sans une connaissance adéquate de l'interlocuteur, sans une interpondération des mots et des matériaux, sans une subalternation préméditée de l'essentiel et de l'accessoire. L'orateur et le codificateur ne font qu'une seule et même chose qui consiste à renvoyer à l'interlocuteur une image de son univers qu'ils ont construite pour lui afin qu'il s'y retrouve.

C'est pourquoi le Conseil de la langue française croit à la nécessité de rapprocher dans une même réflexion et le processus de codification et la considération des valeurs et leur moyen d'expression commun, le langage. Et c'est pourquoi le Conseil a été heureux de saisir l'occasion qui lui était donnée de s'associer aux deux universités qui, avec lui, vous accueillent ce soir.

Et pour rendre à César ce qui appartient à César, je voudrais saluer ici monsieur Ejan Mackaay, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal qui, le premier, a eu l'idée de ce colloque et monsieur Paul-André Crépeau, directeur de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, qui l'a relayé dès les débuts ; je voudrais aussi féliciter particulièrement mon collègue, Michel Sparer, du Conseil de la langue

française, pour s'être associé à eux dès les premières heures et pour avoir apporté au comité d'organisation des dons d'organisateur qui n'ont d'égales que ses capacités de chercheur.

En terminant, je voudrais souligner que le Conseil de la langue française publiera tous les travaux qui auront cours dans le cadre de ce colloque.

Mesdames et messieurs, nous sommes heureux de vous accueillir et honorés de la présence parmi nous de spécialistes, de conférenciers et de participants de divers pays qui ont accepté avec empressement de collaborer à cette réflexion commune et, comme président du Conseil de la langue française du Québec, j'ai le plaisir et l'honneur de vous souhaiter la bienvenue, un agréable séjour à Montréal et au Québec et tout le succès que vous escomptez de cette importante rencontre.

M. Paul-A. Crépeau :

J'invite monsieur le recteur de l'Université McGill, le professeur David L. Johnston, à vous adresser la parole.

M. David L. Johnston :

C'est un plaisir pour moi de donner l'allocution de bienvenue au nom de l'Université McGill. L'objectif de ce colloque est l'évaluation comparative et critique du processus de codification des droits privés dans les systèmes de droit civil. Cette évaluation se fera dans une double perspective : quelles sont les valeurs fondamentales qu'un Code civil doit consacrer? Que devrait être le langage d'un code à distinguer de celui d'une loi?

On assiste depuis quelque temps à un mouvement de réforme du droit qui s'exprime de diverses façons dans les systèmes juridiques soumis au droit civil. Certains d'entre eux n'ont tenté qu'une réforme partielle alors que d'autres ont visé une réévaluation plus globale de leur système de droit privé. Nous avons donc pensé qu'il serait opportun de réunir des spécialistes de nombreux pays, qui ont reçu la tradition civiliste, afin qu'ils exposent à des non-juristes les problèmes qu'ils ont rencontrés dans le processus de codification.

Ainsi, le système de droit civil du Québec est en voie de subir des modifications fondamentales basées sur le Rapport de l'Office de révision du Code civil déposé à l'Assemblée nationale en juin 1978. Il n'y a pas de doute qu'un colloque de ce genre produira des résultats qui seront utiles aux autorités chargées de la mise en oeuvre du nouveau Code civil du Québec. Il s'agit là, en effet, d'un des grands avantages du droit comparé, comme l'ont décrit si brillamment le professeur R. David et J.E.C. Brierley dans leur ouvrage intitulé Major Legal Systems in the World Today (1).

L'Université McGill est fière de ses relations historiques avec la tradition civiliste dont voici quelques exemples: participation du Chancelier Charles D. Day à la codification de 1866 ; contribution de P. Mignault, diplômé de McGill et chargé de cours, à titre de principal commentateur du droit civil au début du siècle ; rôle important joué par divers juristes rattachés à McGill dans l'interprétation juridique du droit civil : Mignault, Rinfret, Fauteux et Challies; somptueux legs de Arnold Wainright à la faculté de droit en vue de promouvoir les études et les recherches sur le droit civil. Et finalement, la participation d'un certain nombre de professeurs de McGill aux travaux récents de l'Office de révision du Code civil chargé de préparer un nouveau projet de Code civil pour la province de Québec. Le Rapport a été effectivement signé par le président, mon cher collègue Paul A. Crépeau, en sa qualité de professeur de droit civil à l'Université McGill.

Encore une fois, l'université est heureuse de collaborer avec l'Université de Montréal et le Conseil de la langue française pour parrainer cette réunion de la grande famille de civilistes et d'invités de marque du domaine de la common law.

M. Paul-A. Crépeau :

J'invite maintenant monsieur Paul Lacoste, Recteur de l'Université de Montréal, à vous adresser la parole.

---

1. London, Stevens & Son, 1978.

M. P. Lacoste :

Adresser un mot de bienvenue à l'imposante assemblée que vous constituez, c'est vous dire combien nous sommes fiers de voir se tenir à Montréal le présent colloque international de droit civil comparé. C'est aussi saisir l'occasion d'affirmer que l'Université de Montréal est heureuse d'avoir participé étroitement à l'organisation de ces assises. C'est également vous exprimer personnellement des voeux de succès dans le déroulement de vos travaux et dans le cours de vos réflexions et de vos échanges. Vous accueillant au colloque, à la fois au nom de l'Université de Montréal et au nom des organisateurs de cette manifestation, je me plais à souligner combien se révèle fructueuse et intéressante la collaboration entre les gouvernements et les universités dans la réalisation de projets de ce type et de cette envergure. Le fait que le Gouvernement du Québec, par l'entremise de son Conseil de la langue française, et deux grandes universités de la métropole, McGill et Montréal, aient ensemble donné vie au présent colloque témoigne de l'efficacité d'une telle mise en commun et augure favorablement des suites.

Qu'il me soit permis de souligner la richesse du thème que vous avez choisi: Codification: valeurs et langage. Je ne doute pas qu'il alimentera avec profit votre réflexion collective et qu'il permettra aux législateurs de répondre mieux encore dans l'avenir aux exigences d'adéquation entre le droit, le langage qui en est le support et les valeurs sociales qui y sont sous-jacentes. À ce sujet, j'aimerais établir quelques rapports entre les fonctions de l'université et l'oeuvre gigantesque de codification des lois civiles du Québec entreprise il y a plus de vingt ans. On insiste de plus en plus sur la fonction sociale de l'université. Certains préfèrent parler de son rayonnement. Ceux qui ont oeuvré au sein de l'Office de révision du Code civil savent à quel point les professeurs de droit de toutes les facultés du Québec ont été la cheville ouvrière de l'Office. On peut dire que d'étape en étape, ils ont apporté une contribution essentielle à la codification de nos lois civiles. Cet exercice exigeant devait en retour enrichir leur enseignement et les mieux préparer à exercer leurs fonctions d'universitaires. J'invoque ainsi une autre des fonctions primordiales de l'université, la transmission du savoir. Le changement substantiel de la loi que représente la recodification exigera que les facultés de droit analysent les modifications apportées au code, qu'elles en démontrent l'importance et qu'elles en traduisent la portée, et cela non seulement au bénéfice de leurs étudiants mais encore au profit des praticiens du droit et de tous les citoyens

concernés par la loi. Dans cette perspective, puis-je suggérer que les facultés de droit consacrent sans délai une part de leurs énergies à cette oeuvre d'éducation permanente?

L'université a en outre une fonction critique, à la fois originale et irremplaçable. Que les universitaires aient participé à la rédaction du projet de Code civil ne devra pas les dispenser de critiquer, au meilleur sens du terme, le fruit de leur propre travail. La teneur spécifique de la loi, les valeurs qu'elle reconnaît ou qu'elle veut promouvoir, la rigueur, la clarté, l'efficacité du langage juridique sont autant de domaines où l'action de l'universitaire doit se faire sentir. À cet égard, l'université, de par son caractère multidisciplinaire, se trouve dans une situation privilégiée. Le droit, la sociologie, la linguistique appliquée devront être mis à contribution dans l'effort collectif de renouvellement du droit.

À ces considérations sur les liens entre l'oeuvre de codification et les fonctions de l'université, je souhaite ajouter quelques brèves observations. Tous savent que la codification représente un effort de démocratisation et, si j'ose dire, de démystification du droit. En ce sens, j'estime que vous aurez, au cours de vos travaux, à vous poser, entre autres, les questions suivantes : la rédaction d'un nouveau code apporte-t-elle encore aujourd'hui une réponse valable au besoin de transformation d'une société et de son droit? La complexité de cette oeuvre de rationalisation globale risque-t-elle d'entraver le succès d'une telle entreprise? Les travaux de ce type ont-ils un avenir ou, peut-être, le Québec vient-il de procéder à la réfection de son dernier Code civil? Ces interrogations et plusieurs autres se retrouvent dans divers sujets inscrits au programme. Elles indiquent l'importance de votre tâche qui, je le souhaite, sera couronnée de succès.

M. Paul-A. Crépeau :

Nous aurons maintenant le plaisir d'entendre notre collègue et ami, le professeur Gérard Cornu, prononcer la conférence inaugurale sur le thème de ce colloque: "Codification contemporaine : valeurs et langage". Et, pour vous le présenter, j'invite mon collègue monsieur Michel Sparer.

M. Michel Sparer :

Je pense que vous êtes très nombreux ici à connaître le professeur Cornu et c'est pour cette raison que je serai très bref. Professeur agrégé, puis doyen de la Faculté de droit de l'Université de Poitiers, professeur à l'Université de Paris II, membre du Conseil supérieur de la magistrature en France et auteur de nombreuses et brillantes publications, notre ami, l'éminent professeur Gérard Cornu est également, chose la plus importante, homme de coeur. Je dis homme de coeur, nous en avons plusieurs manifestations ici même au Québec, puisqu'en 1976, lorsque nous avons fait appel au professeur Cornu pour qu'il vienne prêter son concours à un colloque sur la norme, il a répondu présent. Également, en 1979, lorsqu'à Paris, organisant le II^{e} colloque international sur la rédaction des lois, nous lui avons demandé de faire un essai sur la définition dans la loi, essai qui fut magistral, pétrifiant dirais-je. En 1980, nous avons osé lui demander encore sa contribution et il a ouvert notre III^{e} colloque sur la rédaction des lois, en faisant une fresque impressionnante des aspects linguistiques et culturels de la rédaction des lois.

Permettez-moi d'ajouter une petite note personnelle. Depuis que j'organise ce genre de manifestations avec le concours d'aimables confrères, jamais, lors des invitations répétées faites à l'éminent professeur Gérard Cornu, jamais personne ne m'a demandé qui est Gérard Cornu et jamais personne ne m'a demandé pourquoi Gérard Cornu. J'ai l'honneur de vous présenter monsieur le professeur Gérard Cornu.

CODIFICATION CONTEMPORAINE : VALEURS ET LANGAGE

par Gérard Cornu
Professeur à la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris II

Comme il a sa langue, chaque peuple a, dans sa langue, son et même ses Codes. S'il ne les a, il les prépare ; s'il les a, il les révise ou les renouvelle. Que le XIX^{e} siècle ait été, on l'a dit(1), le siècle des codes fait seulement que le XX^{e} est celui de leur rénovation ou de leur deuxième génération.

Si, cependant, partout les codes existent, - sans doute est-ce l'essentiel, - la réflexion sur la codification n'est pas à la mesure de l'universalité du phénomène. Encore aujourd'hui, la codification est surtout perçue dans son opposition à la coutume et à la jurisprudence, comme si elle s'identifiait à la législation(2), et, dans la théorie des sources du droit, le Code n'est pas saisi isolément de la loi, mais, secondairement, comme une technique, parmi d'autres, d'élaboration législative. Or codifier est, bien sûr, une façon de légiférer. Mais c'est une façon si sublime de cultiver la législation que l'approfondissement de la méthode passe aussi par la recherche des caractères spécifiques qui la distinguent du courant de la législation ordinaire(3).

À l'heure - historique - où le Québec est en passe de réaliser le grand projet d'enchâsser dans un nouveau Code les trésors de son droit civil, l'occasion insigne s'offre à tous les observateurs, juristes ou non, de réfléchir ensemble - au moins sur fond de Code civil - à la valeur que la codification ajoute au droit, et donc à la société pour laquelle il est fait, c'est-à-dire, non seulement aux valeurs fondamentales que la codification est apte à infuser dans l'ordre juridique, mais à celle qui ressort de l'expression qui leur est donnée, si l'on veut bien reconnaître que le langage qui porte - et qui peut exalter - le droit fait, indivisiblement, partie de la valeur ajoutée.

Celui auquel le hasard et l'amitié ont fait échoir la charge trop flatteuse d'inaugurer vos débats, ressent très profondément, comme il sied, l'honneur d'y être associé.

Cependant, la mise à l'épreuve des vertus supposées de la codification postule que l'on sache, avant tout, en quoi celle-ci consiste.

On admettra facilement qu'une codification n'est pas une compilation ; qu'elle se distingue de la compilation, recueil exhaustif et brut - bien que parfois ordonné et officiel - d'éléments normatifs ou paranormatifs, convergents ou divergents, en ce qu'elle est, au contraire, incorporation, après sélection et formulation, de règles jugées non contradictoires et mises en forme d'énoncés législatifs(4).

La même portée positive immédiate distingue la codification de la planification législative. En cours dans nombre de pays socialistes(5), cette méthode consiste à élaborer des programmes législatifs par périodes, qui sont, pour la période considérée, des plans de développement législatif, dans certaines matières, à l'instar des plans de développement économique ou social. Le caractère prévisionnel et parfois méthodologique de cette orientation planifiée du système législatif annonce et guide une évolution normative que la codification, lorsqu'elle intervient, consomme et accomplit.

Mais il est plus troublant que le terme codification soit parfois donné, comme le montre le système juridique français, à des opérations purement administratives, dont l'unique objet est de réunir des textes législatifs ou réglementaires préexistants, sous l'interdiction d'en modifier non seulement le fond mais, sauf détails(6), la forme. Dite formelle, cette codification (cette republication en bloc) perd, dans cette limite, beaucoup de son intérêt(7). Toute codification constitue, certes, une opération formelle, dans la mesure où elle ordonne, selon le plan qu'elle compose, les matières qu'elle réunit. Mais il n'y a, en plénitude, de véritable codification, - on parle alors de codification réelle - que s'il entre dans sa vocation d'instaurer un ordre juridique nouveau en modifiant ou en complétant, au besoin, l'ordre établi(8).

Et pourtant, quand on admet, comme trait de définition, cette double vocation élémentaire

- réformatrice et ordonnatrice - il en surgit, dans les applications universelles, tant de modalités diverses que cette irréductible pluralité dans les méthodes, les intentions et l'objet soumet la recherche des mérites de la codification à plusieurs analyses comparatives.

Certes, il importe peu, d'une expérience nationale à l'autre, que l'organe chargé de préparer la codification diffère, même si le résultat doit au parti retenu ses qualités ou ses limites. Que l'avant-projet émane d'un seul homme(9), d'un groupe(10) ou d'une ou plusieurs commissions, il y faudra, de toute façon, par la sanction parlementaire, le sceau de l'État et, en chemin, le contrôle des conseils et l'examen des commissions auront rendu l'oeuvre collégiale. La bonne méthode est celle que couronne le succès, toute théorie réservée.

De même, il n'est pas essentiel d'opposer les pays qui, comme le Québec, ont relevé le défi d'une nouvelle codification intégrale et ceux qui - c'est le cas de la France - ont, de façon moins éclatante, choisi la voie de la révision par tranches. Car une révision peut imprimer à l'oeuvre l'unité de pensée et de style qui est le signe de la codification et, si elle est plus limitée, la rénovation qui en résulte peut être aussi radicale dans le domaine qu'elle affecte, comme ce fut le cas de 1964 à 1975, de la série des lois fondamentales qui ont transformé, par pans, le droit français de la famille, en un nouveau code incorporé à l'existant(11).

En revanche, il est typique que, dans l'histoire des peuples, la vocation réformatrice de la codification ait été si inégalement exploitée. Il est des codifications révolutionnaires, il en est de conservatrices(12), comme il en fut de despotiques qui pouvaient être, d'ailleurs, éclairées, et, au pays des révolutions tranquilles, on pourrait se plaire à penser que les plus rénovatrices ne sont pas celles qui éclatent, comme disait Chateaubriand, dans un grand tremblement du temps(13), mais qu'elles peuvent sereinement éclore par patience et longueur de méditation. Sous ce rapport, c'est relativement au droit coutumier (lato sensu) qu'il faut d'abord éprouver la capacité créatrice de la codification (I).

D'un autre côté, il est assez déroutant que le nom de code, initialement réservé à des matières traditionnelles (droit civil, droit commercial, procédure civile) ait été non seulement appliqué à de nouvelles disciplines (droit du travail, droit économique, dans certaines

certaines législations socialistes), mais étendu à des objets plus particuliers qu'auraient pu couvrir des lois spéciales. On entend bien qu'il pourrait parfois s'agir d'étiquettes de prestige. Mais, au-delà des appellations enjoliveuses, la nécessité revient, sous le rapport de la vocation ordonnatrice, de comparer la codification à la loi, l'oeuvre codifiée à la législation ponctuelle, statutaire, pourrait-on dire ici (II).

I

Thème du XIX^{e} siècle, la première comparaison de la codification avec la coutume n'ouvre plus aujourd'hui le même débat. Il n'y a plus à célébrer, dans la codification, la supériorité que lui donne, relativement à la diversité des coutumes, sa vertu unificatrice. Ce fut, on le sait, au moins en France, l'un des bienfaits des codifications napoléoniennes et il demeure que toute codification fait régner une unité législative salutaire. Dans les systèmes juridiques légalistes, la réduction, par un code, de la diversité coutumière, n'est cependant pas(14) le problème de l'heure.

En revanche, la question reste ouverte de savoir quelles fonctions assume la codification dans l'évolution du droit d'un peuple. Là-dessus, il est essentiel de mettre à l'épreuve des idées qui avaient été énoncées, dès le début du XIX^{e} siècle, par des adversaires de la codification, en pensant aux coutumes, mais qui ont été reprises avec la même force, notamment au début du XX^{e} siècle, et, cette fois, en faveur de la jurisprudence, le droit coutumier, prétorien (common law y compris) prenant le relais de la coutume au sens strict, comme champion supposé du droit vivant et profond (<u>viva vox juris civilis</u>), dans son opposition au droit codifié.

La première proposition à discuter et - disons-le d'emblée - à renverser, aujourd'hui, consiste à dénier toute fonction innovatrice à la codification, pour la cantonner dans un rôle fixateur. C'est une idée tenace que la codification ne vient à son heure que pour cueillir les fruits d'une évolution (légale, judiciaire ou coutumière) accomplie par cristallisation d'un droit au point d'équilibre qu'il a déjà atteint par d'autres voies juridiques ; que cette codification est prématurée(15) si elle ne se borne pas à entériner un droit déjà fixé auquel elle apporterait seulement, pour finir, couronnement et consécration, comme si elle n'était que le sceau appliqué à une tradition, procédé de cosmétique législative sans esprit novateur. Lorsqu'en 1904, on fête en France le

centenaire, le thème fleurit encore qu'un code "n'est qu'un résumé du droit"(16). Il faut croire que la période triomphante de la jurisprudence prétorienne de la fin du XIX^{e} siècle avait fait oublier que le législateur de 1804 n'avait pas seulement démarqué Pothier. Hors-série, la codification québécoise de 1866 accréditerait peut-être l'idée qu'à certaines époques la codification a bien pour rôle historique de récolter et d'engranger, de reformuler plutôt que de réformer(17). Mais, il faut le proclamer : s'il n'est pas exclu que revienne ce type de codification, le fait est que nous en vivons un autre. La codification contemporaine est réformatrice. Elle est même devenue, relativement au phénomène prétorien, l'instrument privilégié des mutations de l'ordre juridique.

Jamais la jurisprudence n'aurait pu proclamer et promouvoir l'égalité des sexes en mariage, c'est-à-dire remodeler, sur ce principe, l'ensemble des relations patrimoniales et extra-patrimoniales de la famille et, si les tribunaux, un peu partout, avaient beaucoup fait pour l'enfant naturel, dans tous les pays, le statut de cet enfant ne pouvait être qu'un cadeau de la loi. La vertu essentielle de la codification est dans la capacité qu'elle a démontrée de rénover le droit d'une société en y exprimant les valeurs de son temps.

Encore la trame fondamentale n'est-elle pas la seule rénovée. La même vérité éclate pour cette autre face de la réforme qu'est le renouvellement de l'expression juridique. Le langage est, pour beaucoup, affaire d'usage. Mais de quel usage? Au couvert des habitudes et des intérêts ou du sommeil des textes, les archaïsmes et l'ésotérisme auraient la vie dure, si le juste souci d'être entendu par les hommes de son temps, qui est celui du législateur, ne ramenait, dans les paroles de la loi, la clarté et la simplicité. Si le législateur, au moment où il parle, est derrière les mots qu'il emploie, une nouvelle écriture est l'occasion de discerner ce qui peut encore et ce qui ne doit plus s'énoncer de la même manière. Un code est, pour le langage du droit, un bain de jouvence.

D'un autre côté, on ne dit pas assez que les institutions vivent, en profondeur, sous le rayonnement du nom qu'elles portent. Or le pouvoir nominaliste, attribut de souveraineté, est une prérogative ou, au moins, une grâce excellente du législateur(18). À lui d'abord, et sans doute à lui seul, appartient de nommer et, par là, d'insuffler une vie nouvelle à ce qu'il a baptisé ou rebaptisé. Toute la refonte des relations entre parents

et enfants réside dans le passage de la "puissance paternelle" à "l'autorité parentale". En deux mots. La transformation du droit des incapables majeurs s'accomplit par l'accent que la loi place sur les "régimes de protection" pour désigner, par un retour aux sources, tutelle et curatelle qui renferment en elles, étymologiquement, tant de soins et de souci de protection. Ici, le langage revivifie le droit en libérant à nouveau l'idée-mère et c'est la codification qui le permet car elle détient, sur les charnières décisives, les clés du langage. Pouvoir considérable, en ce qu'il ne cesse ensuite d'inspirer l'interprète, tant il est vrai qu'un nom patronne le destin de l'institution qu'il lance et qu'il couvre. Ne serait-ce pas trop?

La deuxième proposition à discuter, en forme de reproche, est que la codification imposerait un droit artificiel. C'est la grande crainte qui anima Savigny contre la propagation, Outre-Rhin, du modèle napoléonien, redouté comme un barrage opposé au fleuve de la coutume, vision romantique, "d'un droit instinctif"(19) spontanément surgi des profondeurs de la nation, né des pulsions d'un peuple et porteur de son esprit (Volksgeist), produit-nature rebelle aux entreprises rationalistes d'un droit volontaire.

Mais était-ce historiquement pertinent? On a magistralement montré que si, au siècle des lumières, la passion des lois avait engendré une frénésie codificatrice, c'est à des philosophes et à des écrivains, Fénelon, Morelly, Mably, Diderot et surtout Rousseau, que celle-ci avait inspiré des codes et traités en utopie, purs produits de la "nomophilie", qui eurent tous pour trait commun de ne jamais pénétrer dans le droit positif(20). Il était injuste de s'en prendre au Code civil, oeuvre comme on sait transactionnelle et conciliatrice à bien des égards et à Portalis, qui était beaucoup plus près de Montesquieu, praymatique, empirique et sceptique que de Rousseau et des Idéologues.

Ce malentendu dissipé, le procès de l'artifice n'est pas celui de la codification, de celle d'aujourd'hui encore moins que de celle d'hier. La codification contemporaine se fait une discipline d'être à l'écoute de la société qu'elle entend gouverner. Comme le législateur, elle est devenue sociologique dans son information et parfois dans certaines de ses impulsions. Elle s'assigne comme mission non d'établir un ordre arbitraire, mais de connaître l'état des opinions, des comportements, des nécessités, afin de rétablir, au contraire, une certaine

convenance entre la réalité sociale et l'ordre juridique. Et cette préoccupation ne contredit nullement, mais complète ou accomplit sa vocation réformatrice. Quand elle innove, la réforme rompt avec l'état du droit, mais, c'est le plus souvent - même s'il lui arrive d'expérimenter des nouveautés absolues - pour répondre aux aspirations et aux besoins d'une société. Cette volonté de synthèse est exemplaire dans l'esprit des auteurs du Projet de Code civil du Québec(21).

De plus haut, il est historique que l'unité juridique qu'emporte la codification est un produit ou une promesse - ou même une soeur inséparable - de l'unité politique(22) et que l'affirmation d'identité, dans une société donnée, culmine en l'édiction d'un code, au moins dans les domaines, comme le droit civil, où s'agissant d'établir les bases de la famille, de la possession des biens et du commerce juridique, la société trouve l'occasion d'affirmer solennellement ses valeurs fondamentales. Romantisme pour romantisme, les codes aussi sont l'émanation des peuples, au moins un code civil, base de civilisation, symbole de son génie, à sa juste place au petit lot des joyaux qui reviennent au pays dans la charrette de Pélagie.

Reste une dernière controverse sur les "retombées" de la codification. Elle rénove quand on la fait, mais, une fois faite, ne fige-t-elle pas? La codification rajeunit, mais le droit codifié vieillit et oppose son inertie à l'évolution future qu'il risque de ralentir ou même de bloquer, mise à jour éphémère quand l'histoire continue. On connaît l'objection. Mais si l'on entrait dans cette perspective, en ressortirait-il, pour le tout, un mal? La codification est une synthèse avant une pause. Et si les peuples avaient besoin, après un déménagement, d'un recueillement? Les codes n'aspirent pas à être l'enjeu des oscillations politiques ou économiques de faible amplitude. Ils obéissent, dans la longue période, à un rythme lent. En faut-il un par siècle? Pour le Québec, le compte est bon(23). Les codifications aussi sont mortelles, mais il serait dans leur vocation de voir la cinquième génération sinon les cent mille soleils et s'il s'avérait, qu'après un grand ajournement, elles ouvrent une ère nouvelle d'accomplissement, la sécurité juridique y gagnerait, après la rénovation.

Cependant, que cette alternance hypothétique soit ou non envisagée, il n'y a pas à accepter sans réserve l'effet de blocage attribué à la codification. Ayant vu le risque, Portalis avait déjà, en partie,

soufflé le remède. Par des conseils qui gardent leur vigueur, il traçait au législateur ses limites : énoncer les principes, non les détails et préférer, chaque fois que cela est possible, les formules souples. On connaissait l'ordre public et les bonnes moeurs, pourquoi pas la justice contractuelle? Plus que jamais - à la condition qu'elles soient placées avec discernement - le droit de notre société a besoin de ces normes malléables qui sont le gage et l'instrument d'un droit évolutif, dès lors que, par l'indétermination intentionnelle qui les caractérise, elles sont prêtes, par avance, à couvrir des adaptations futures. Et c'est encore une leçon de langage, car ce vide, par lequel ces notions laissent une place et une chance à l'avenir, s'obtient par l'emploi de formules ouvertes, qui sont, d'elles-mêmes, accoutumantes(24). Que le législateur ne cadenasse pas la vie du droit dans des énumérations limitatives qui conviennent surtout, pour la sécurité de tous, à la loi pénale. La vie des institutions civiles attend du législateur que celui-ci s'élève à l'énoncé de notions sur lesquelles puisse ensuite régner la sagesse des autres.

Ainsi conçue, la codification souple aurait, par acculturation, emprunté au droit coutumier l'un des secrets de sa valeur, sans perdre, pour le reste, ce qui assure sa supériorité: Performance dont il y a seulement lieu de se demander - voilà le rebondissement - si ce ne serait pas aussi celle de la législation ordinaire.

II

La comparaison de l'oeuvre codifiée avec le courant de la législation conduit à éprouver, au sein du travail législatif, leurs mérites respectifs, c'est le problème le plus actuel. Les lois n'auraient-elles pas les mêmes vertus que les codes? Mieux, ne seraient-elles pas devenues, dans l'accélération de notre temps, les instruments incomparables du développement du droit? Un trait de plume suffit à abolir la peine de mort; un article, à proclamer la personnalité d'un syndicat ou la capacité civile de la femme mariée. L'efficacité n'appartiendrait-elle pas à la législation légère, la prudence à la législation au coup?

Au début de ce siècle, on a même pensé que le temps des Codes, ou plutôt du Code, était révolu, comme si les progrès du droit passaient désormais par la décodification(25) ou au moins par des lois spéciales. "Si en 1804, il fallait résumer le droit, en 1904, il faut l'élargir" concluait le Garde des Sceaux de l'époque, et

l'histoire législative lui a amplement donné raison. En maintes législations, l'élargissement du droit est venu de lois extérieures (pour la France, Loi sur les accidents du travail, loi sur les assurances) et la réforme des faillites ou des sociétés commerciales a prospéré en-dehors du Code de commerce, exsangue et vidé de substance, qui manquait, d'ailleurs peut-être, de ressources pour supporter une crise de croissance. Les réformes sectorielles ont été une voie de progrès(26). Mais aujourd'hui? Dans le cycle des méthodes législatives, le balancier est-il toujours, depuis le début du siècle, du même côté?

L'approfondissement de cette réflexion ne peut être tenté que matière par matière et l'occasion qui nous réunit nous invite à le faire pour le seul droit civil (et un droit civil incluant le droit de la famille). On entrevoit seulement les énormes difficultés que cette limite réserve et qui, tenant à la balkanisation des codes et à la pluralité des classifications du droit, conduiraient à s'interroger, non pas sans doute sur la chimère d'un code unique englobant toutes les matières, mais sur la distinction des codes et des pseudo-codes, et sur les regroupements par matières (notamment sur l'impossible question du regroupement du droit civil et du droit commercial).

À l'intérieur des limites choisies, la vertu de la codification est sous la dépendance de divers critères qui paraissent avoir pris toute leur force non seulement dans la conscience juridique contemporaine, mais dans l'attente de tous les usagers du droit.

Le premier de ces critères de valeur est, semble-t-il, la cohérence. À certaines époques, le corps social supporte sans trop de mal la recherche, en ordre dispersé, de progrès fragmentaires. Il s'accommode d'un développement par adaptations et retouches, plus particulièrement sans doute au sortir d'un temps de stabilité. Après de profondes mutations sociales, comme celles qu'ont vu s'opérer les lendemains du dernier conflit mondial, il semble que la société aspire au contraire à reviser et à resceller le pacte de ses valeurs et, entre autres moyens d'y tendre, à reconnaître son identité dans un ordre juridique qui la rassure et la revitalise. Sous ce rapport, la supériorité de la codification sur la législation, comme reprise de conscience collective, comme point de société, comme système de valeurs, comme instauratiomagna, est éclatante. À la vérité, c'est historiquement la suprématie qu'on a toujours, en elle, célébré, jusque

dans ses prolongements techniques. Après un salut aux compilations justiniennes, la préface du Code Frédéric relève qu'elles "n'ont point formé de système" et qu'un véritable code, système de lois, est un corps de droit dont les matériaux sont assemblés dans un ordre naturel et dont les éléments, par matière, sont énoncés des principes aux conséquences(27). Ses auteurs avaient même cru établir un droit qui, fondé sur la raison, serait universel(28). Passé ce rêve, les significations dont se charge aujourd'hui la cohérence suffisent à en confirmer les bienfaits.

La cohérence, c'est d'abord l'harmonie que l'on peut attendre de la saisie globale des problèmes. En ce sens, l'unité du droit est l'avantage essentiel que peut apporter le traitement d'ensemble de toutes les questions qui sont en corrélation. On imagine mal que la condition du conjoint survivant soit reconsidérée, sans envisager, en contemplation l'une de l'autre, son statut matrimonial et son statut successoral, sans tenir compte de ses droits de régime et de ses droits d'hérédité dont la somme est précisément ce qui détermine son sort. C'est pourtant ce qui est arrivé en France, du fait que la refonte des vocations successorales n'a pas accompagné la réforme des régimes matrimoniaux(29) et l'on a pour unique consolation le crédit d'une anticipation intellectuelle que l'on peut prêter au jurisconsulte qui fut chargé d'élaborer les avant-projets. La prise en considération de matières complémentaires est la seule méthode satisfaisante. Or, sous ce rapport, la codification surclasse de loin la législation ponctuelle qui procède par interventions non nécessairement accordées, non seulement lorsque celles-ci sont imputables à des impulsions successives et changeantes, mais même lorsqu'étant concomitantes, elles viennent d'initiatives diversement inspirées.

Codifier, c'est légiférer dans un esprit d'ensemble, sous la préoccupation instante d'élaborer un tout. L'harmonie intérieure que l'unité de paternité imprime à la codification, par l'unité de projet et d'écriture, est un gage supérieur de coordination et de non-contradiction. Au niveau où elle saisit les problèmes, la codification est l'urbanisme de la législation.

L'image contraire du développement sauvage des constructions législatives conduit à une autre perspective. La cohérence c'est encore, et peut-être surtout, la sobriété. De justes voix se sont enflées contre le pullulement des lois(30). Cette censure est bien inspirée. Dans sa véhémence, elle a cependant omis de disculper la

codification(31). La vraie codification est réductrice ; elle est simplificatrice et le gain législatif qui ressort de cette opération non inflationniste et même anti-inflationniste, elle l'obtient par un travail qui porte en la forme et au fond, sur tous les matériaux de l'élaboration législative, les concepts et les termes, les techniques et les énoncés. Ainsi, a-t-on vu se diffuser, dans la réforme du droit matrimonial français, des présomptions légales de pouvoir ou d'entente entre époux qui, d'abord forgées pour le droit matrimonial, ont été reprises dans les relations parentales ou le droit de l'indivision et qui, chargées de la même fonction et réglées selon le même fonctionnement, se font aussitôt reconnaître, sous la diversité de leurs manifestations, comme les éléments d'une même famille et forment, pour la lumière de l'interprète, un réseau de points de repère. On en dirait autant, autre exemple, de ces mesures d'économie qui, en matière de tutelle ou d'absence, dispensent de mettre en place les protections lourdes si les simples autorisations judiciaires du droit matrimonial suffisent(32). La constitution de ces réseaux, ces regroupements par famille sont une performance spécifique de la codification. Celle-ci excelle à tailler des modèles et à forger des canons législatifs qui simplifient la trame du droit.

Or, bien entendu, cette réduction n'exclut pas les variantes. Mais justement, le rapprochement des applications fait aussitôt saillir les différences secondaires qui les marquent. Et voilà l'autre leçon inséparable: l'emploi répétitif des mêmes notions et des mêmes formules prend sa valeur non seulement comme méthode fondamentale, mais parce qu'il repose sur le postulat d'une discipline linguistique : celle qui décide, au sein d'un même code, de placer toujours la même charge intellectuelle sur le même support, le même signifié sous le même signifiant. Un tel parti ne nie pas, dans la vie du langage, l'irréductible et légitime polysémie; il devient seulement, pour la diffusion de l'ensemble des signes que constitue, par nature, un code, une précaution salutaire. Demande en justice, action en justice, requête, assignation, sont parfois pris pour synonymes dans le style du Palais et nul n'empêchera jamais que ces approximations persistent. Le nouveau Code de procédure civile français cultive la discipline de spécifier chaque terme dans un sens de précision par des définitions légales, de telle sorte que, dans ce code au moins, l'interprète puisse être assuré que l'action désigne toujours le droit d'agir en justice, la demande, l'acte juridique par lequel ce droit s'exerce et la requête ou l'assignation, les formes variables que revêt la demande. Un code doit, ou, en tout cas, peut être codé (c'est aussi, on l'a vu par ailleurs, ce qui justifie

la définition dans la loi, au moins la définition réelle)(33). Cette action régulatrice et normalisatrice sur le fond et sur la forme, apanage et atout maître de la codification, caractérise à ce point l'essence de cette opération qu'elle mériterait d'être nommée l'effet de codification. S'il y avait un risque de pollution législative, la codification pourrait être dite anti-polluante. S'il y a une "crise de la loi" (34), la codification pourrait être l'un des remèdes. Par un surcroît d'exigence qu'impose le genre, la codification apparaît bien, dans sa tension, comme un "surtraitement" législatif de la forme et du fond.

Cet avantage en découvre un dernier qui serait un peu, sous un autre critère de valeur, la manifestation extérieure de la cohésion intime. Le test de cohérence qui tourne en faveur de la codification, débouche, pour le droit, sur l'épreuve de sa communication sociale, autre aspiration fondamentale, autre besoin de nos sociétés. D'emblée, on dirait volontiers qu'un code est encore la meilleure façon de "faire savoir" le droit. Un code est un livre(35).

À la vérité, si on le reconnaît, il faut aussitôt résister à de ridicules tentations: un livre, mais non une bible ni un livre de poche. Marquée de son origine et de son sceau juridique, cette oeuvre humaine est imparfaite et, même si on ne la veut pas réservée à un cénacle d'initiés, il serait chimérique de lui prédire, dans la foule des citoyens, des milliers de lecteurs impatients. L'auditoire potentiel d'un code est forcément restreint. Sur la vertu pédagogique des codes(36) que les pères de famille liraient, le soir à la chandelle, pour l'enseignement de leurs enfants, les utopistes ont nourri de touchantes illusions(37). Cependant, quand l'esprit veille à chasser ces naïvetés idylliques, il reste que le code est un vrai livre, c'est-à-dire un tout, une suite et une sélection, ces trois facteurs conjugués recélant les secrets qui peuvent assurer à l'oeuvre son influence.

Un tout, cela ne veut pas dire une enveloppe qui, toutes autres sources exclues, engloberait la totalité de l'ordre juridique, mais un corps de droit qui réunit les normes essentielles.

Une suite, entendons une oeuvre que l'on peut lire d'affilée(38), ce qui donne à deviner que, pour tisser ce fil, le législateur aura pu mobiliser toutes les ressources de l'ordre et du développement, tous les moyens

de l'articulation, tous les signes de la communication à distance, car la législation est une télé-communication(39) : plan, divisions, titres, présentation formelle, ponctuation, choix graphiques.

Une sélection, voilà le point capital, car seule la rigueur poétique qui devrait y présider peut espérer faire couler, dans le code qui a vocation à la recueillir, la quintessence de l'alchimie législative. Et c'est ce qui, dans le rythme séculaire qui est le sien, peut donner au code sa dimension culturelle. Chrisostome de vocation, le législateur ne parle vraiment d'or que lorsqu'il cisèle ses règles en maximes, nom qui dit bien par quel effort d'intégration et de dépassement le législateur porte au plus haut degré le souci de sagesse et de clarté dans l'énoncé de ses messages essentiels. Quel hommage à rebours de mettre un code en vers, flatteuse mésaventure qui, par la bonne intention de deux conseillers aux champs, advint pourtant deux fois au Code civil(40)! Au moment fort où elle s'opère, la codification est un acte et même un pacte linguistique(41). Non seulement par la qualité qu'elle peut imprimer au langage du droit, mais parce que, pour la langue qui la porte - ici la langue française - elle a un titre, comme monument du droit et de la langue, à devenir l'un des dépositaires de ses trésors et l'un des messagers de son rayonnement.

Ambition démesurée? J'entends bien qu'il est de bons et de moins bons codes, comme il peut y avoir dans la codification - surtout rapprochée du langage - le meilleur et le pire. Qui croit graver sur la pierre, n'aura jamais griffoné que sur le sable, réveil désenchanté de rêves lapidaires. La naïveté de croire un peu à la législation sur le roc que pourrait être la codification ne masque pas, à qui s'y est adonné un peu et qui en parle trop, le risque, - comme Baudelaire le dit du poète -, d'avoir creusé le ciel ou - ce fut le cri de Bolivar, désabusé - de n'avoir fait que labourer la mer.

NOTES :

1. BERTRAND, "De la Codification", p. 8, Discours prononcé le 16 octobre 1888 à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, Paris 1888.

2. V. BERTRAND, préc. supra, note 1 et, dans le Livre du Centenaire du Code civil français, t. II, les études de PLANIOL, LARNAUDE, GENY, PILON, E. GAUDEMET, etc.

3. Conf. G. CORNU, "La lettre du Code à l'épreuve du temps", in Mélanges en l'honneur du doyen René SAVATIER, 1965, p. 157 et s.

4. La codification se distingue aussi de la pratique d'origine anglo-saxonne des consolidations, simples compilations législatives périodiques.

5. V. Yolanda EMINESCU, Tudor POPESCU, Les codes civils des Pays socialistes, Étude comparative, Préface de Denis TALLON, p. 11 et s., Paris, 1980 ;comp. V. KNAPP, "La codification du droit civil dans les pays socialistes européens",in Rev. int. droit comparé, 1979, p. 733 et s.

6. V. par exemple, le Code de l'organisation judiciaire résultant des décrets n^{os} 78-329 et 78-330 du 16 mars 1978. C'est une différence notable avec le nouveau Code de procédure civile ; v. ci-dessous note 8.

7. Voir sur la question, D. LE MINIVIN, Les discordances de la codification par décrets, J.C.P., 1980.1.2982.

8. Publié le 5 déc. 1975, et aujourd'hui complet de l'ensemble des dispositions relatives à la procédure civile proprement dite (à l'exclusion des voies d'exécution), le nouveau Code de procédure civile français est ainsi, à la différence du Code de l'organisation judiciaire (v. note 6 supra, le produit d'une nouvelle élaboration. Fondé sur l'énoncé "des principes directeurs du procès" (dispositions liminaires) et composé selon un plan nouveau, il apporte d'importantes innovations à la procédure civile. V. Claude PARODI, L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile, préf. G. CORNU, Avant-propos P. FRANCON, Rép. not. Defrénois, 1976 ; adde la présentation générale du Code aux entretiens de Nice de janvier 1976, Rev. des huissiers de Justice, 1er février 1977, p. 60 et s.

9. Après la Suisse et les Pays-Bas, la France est entrée dans cette voie, la rédaction de la plupart des grands projets portant réforme du droit de la famille

ayant été confiée, avant la procédure législative, à un seul jurisconsulte, M. le doyen Jean CARBONNIER.

10. C'est le cas, en France, du nouveau Code de procédure civile, en amont de la sous-commission et de la Commission plénière de réforme de la procédure civile.

11. Le caractère inachevé de l'oeuvre pose cependant un problème de cohérence, notamment pour la cohésion du droit patrimonial de la famille. Voir, là-dessus, l'analyse de Ph. RÉMY, "Droit patrimonial de la famille - Codification, valeurs et langage", infra, p. 540 et s.

12. En croisant les critères d'impulsion et de tendances, dans la typologie des codifications, on pourrait opposer codifications despotiques ou autoritaires et démocratiques sauf à doser dans leur élaboration l'emprise étatique, l'aspiration populaire, l'empreinte technocratique, la marque scientifique, etc. sans oublier les commandes doctrinales émanant de despotes éclairés.

13. V. VALLÉ, Garde des Sceaux, ("Le centenaire du Code civil", 1804-1904, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCCIV, p. 19), évoquant, non sans lyrisme, la convention accomplissant son oeuvre législative en pleine guerre, malgré tumultes et périls : "Au moment où l'Europe envahit son territoire, elle prépare des lois pour l'Europe..." Le même jour "l'Assemblée décrète la levée en masse et délibère sur le chapitre du code relatif aux conditions du mariage..."

14. Ou n'est pas encore redevenu une question cruciale, si l'on veut bien reconnaître, même devant une poussée régionaliste, ce que serait un droit basque ou breton de la filiation...

15. V. not. en ce sens, BERTRAND, Discours précité, supra, note 1, p. 21, 27 : "On ne décrète pas un droit national".

16. VALLÉ, Discours précité, supra, note 14, p. 23.

17. V. P.-A. CRÉPEAU, Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. off. du Québec, 1978, vol. I, "Préface", p. XXVI.

18. Sur le nominalisme législatif, v. G. CORNU, "Le langage du législateur", Conférence à l'Université de Neuchâtel, Annales 1977-1978, p. 10 et s., et "L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil", Cours de droit poly., 1970-1971, p. 70 et s.

19. Selon l'expression de J. CARBONNIER, "La passion des lois au siècle des lumières", in Essais sur les lois, 1979, p. 203 et s.

20. V. par ex., de MORELLY, Code de la nature, ou le véritable esprit de ses lois, 1755, publié par Gilbert CHINARD, chez Raymond CLAVREUIL, Paris,1950.

21. V.P.A. CRÉPEAU, précité, supra, note 17, p. XXVI.

22. V. BERTRAND, Discours précité, supra, note 1, p. 18. "Si chez une nation[...], l'État dégage des souverainetés, le temps est venu : c'est l'heure des codes."

23. 1866. Pour le nouveau Code français de procédure civile (1975), il faut remonter à 1806 et même à l'Ordonnance civile de 1667.

24. V. sur l'importance des standards dans la législation des pays socialistes, Yolanda EMINESCU et Tudor POPESCU, précité, supra, note 5, p. 354 et s.

25. V. pour l'analyse de ce phénomène en droit commercial français, B. OPPETIT, "La décodification du droit commercial", article in Études offertes à René Rodière.

26. Conf. sur l'opportunité des réformes sectorielles, au moins en droit commercial, F. TERRE, "Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles", in Études de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XXIII, 1962, p. 175 et s.

27. V. le Code Frédéric, traduit de l'allemand par A.A. de C., Conseiller privé du Roi, MDCCLI, préface, p. XI.

28. Intention proclamée dans le titre complet du Code: "Code Frédéric, ou Corps de droit, pour les États de sa Majesté le Roi de Prusse, fondé sur la Raison et sur les Constitutions du Pays; dans lequel le Roi a disposé [...] Établissant de cette manière un droit certain et universel."

29. V. sur l'incidence de cette distorsion, Ph. RÉMY, rapport précité, infra, p. 540 et s.

30. V. notamment R. SAVATIER, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D.1977

31. Conf. CARBONNIER, "L'inflation des lois", in Essais sur les lois, p. 270 et s.

32. V. dans le Code civil français art. 121, al. 2, et art. 498.

33. V. notre étude sur "les définitions dans la loi" in Mélanges en l'honneur du doyen Vincent, 1981, p. 77 et s.

34. V. F. TERRÉ, Archives de philosophie du droit, N.S., t. 25, La loi, Sirey, 1980, p. 17 et s.

35. Louis XI confiait déjà à Commines, selon la tradition, son désir de voir "toutes les coutumes mises en français dans un beau livre."

36. V. sur l'intention pédagogique des codificateurs au siècle des lumières, CARBONNIER, in Essais sur les lois, p. 213 et s.

37. Par ex. Jeremy BENTHAM, Traités de législation, par Et. DUMONT, 2e éd., 1820, T.3, p. 400 (c'est la fin de l'ouvrage) : "Le père de famille, le texte des lois à la main, pourra sans interprète les enseigner lui-même à ses enfants, et donner aux préceptes de la morale particulière la force et la dignité de la morale publique."

38. D'où le voeu que, dans les éditions privées des codes, les articles ne soient pas séparés les uns des autres par des notes accumulant sur chacun des références, ou au moins qu'il soit donné, en tête, l'occasion d'en faire une lecture continue, précaution à défaut de laquelle les éléments privilégiés empêchent de prendre du tout une vue d'ensemble et font paradoxalement d'une suite articulée une succession désarticulée.

39. V. "Le langage du législateur", étude précitée, supra, note 18.

40. Bonne intention que le Code Napoléon subit au moins deux fois. Code Napoléon mis en vers français par B.-M. DECOMBEROUSSE, député à la Convention nationale, président du Conseil des Anciens, conseiller à la cour impériale de Paris, Paris, 1811; Code civil en vers français, par Amédée PONS-EUZIÈRES, Avocat à Aix, Lyon A. Storck, Paris A. CHÉRIÉ, 1882.

41. V. notre Communication: "Les aspects linguistiques et culturels de la législation" in IIIe colloque international sur la rédaction des lois, Conseil de la langue française.

M. Ejan Mackaay :

Que dire après un tel discours? Je dirais d'abord que cela nous a rassurés qu'un discours magistral puisse aussi être un magistral discours. Un excellent discours électrifiant.

Les vertus que vous avez, monsieur Cornu, attribuées au processus de codification, sa clarté, son souci de toucher l'ensemble, son souci de démystifier, je les retrouve dans votre discours.

Vous me faites l'impression comme si, petit enfant, vous m'ameniez à travers l'atelier du codificateur, vous me montriez ses outils, vous me montriez les projets qu'il a espéré réaliser et qu'il n'a pas pu réaliser. Vous me montrez également les espoirs qu'il est permis d'avoir. Il me semble qu'à la fin de ce tour à travers l'atelier, j'ai comme subi un cours de rajeunissement, je me sens plein de force et je pense que c'est dans ce sentiment de puissance, mais aussi ce sentiment des responsabilités devant ce qu'on peut et surtout ce qu'on ne peut pas espérer d'une recodification comme celle que nous vivons au Québec, qu'il convient d'aborder le colloque.

Et ainsi, je pense que nous sommes tous préparés, - ayant tous subi cet effet de choc, cet effet de rajeunissement, de sentiment de puissance devant les moyens immenses qu'offre la codification, mais aussi devant les limites de ce moyen, - à aborder, demain, les grandes discussions sur la méthode de la codification, sur sa langue et, après-demain, sur l'insertion du code dans son milieu naturel et sur le rôle que le juge doit y jouer.

Je voudrais remercier encore une fois monsieur Cornu de nous avoir ouvert cette voie.

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par Monsieur le doyen **John E.C. Brierley** de la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal

CODIFICATION : MÉTHODE LÉGISLATIVE

Conférenciers : Monsieur **Jean-Louis Baudouin**, Montréal
Monsieur le professeur **W.M. Kleyn**, Leiden

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par

Monsieur le doyen John E.C. Brierley, de la
Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal

CODIFICATION : MÉTHODE LÉGISLATIVE

M. J.E.C. Brierley :

C'est mon agréable devoir de vous souhaiter une bienvenue cordiale à cette première séance plénière de ce colloque portant sur les valeurs que doivent privilégier les textes d'un Code civil et le langage qui doit les exprimer.

Il est heureux que les organisateurs aient choisi le thème "Codification : méthode législative" comme premier sujet parce que, pour autant qu'il soit classique, cet aspect de la codification est évidemment fondamental. La codification comme technique législative, et vu l'expérience du passé, reste-t-elle apte comme instrument législatif pour l'avenir? C'est une question fondamentale parce qu'elle nous oblige à nous interroger sur les fonctions et la place que d'autres sources de droit, telles les lois, la jurisprudence, pourraient avoir.

Pour aborder cette réflexion, j'ai le plaisir de vous présenter en premier lieu monsieur Jean-Louis Baudouin, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Monsieur le professeur Baudouin est d'origine française, a fait ses études de droit à l'Université McGill, puis à l'Université de Paris dont il est docteur en droit. Il est l'auteur de nombreux livres et articles portant sur le droit québécois, le droit canadien et le droit comparé. Monsieur Baudouin a été appelé à participer très activement aux travaux de réforme du droit, au Québec d'abord, comme secrétaire rapporteur du Comité des obligations de l'Office de révision du Code civil, entre 1965 et 1976, et ensuite au sein de la Commission de réforme du droit du Canada comme commissaire et, enfin, vice-président de cette commission.

M. Jean-Louis Baudouin :

Au moment où plusieurs pays (notamment les Pays-Bas et le Québec) ont débouché sur une seconde et nouvelle codification systématique de leurs lois civiles, il est intéressant de se pencher brièvement sur la codification, en tant que méthode législative, sur sa vocation et sur son avenir, eu égard au contexte particulier de la société moderne.

Beaucoup de choses ont été écrites sur la codification. Les auteurs se sont interrogés tant sur le sens exact qu'il convient de donner à ce mot(1), que sur les relations entre codification et droit civil(2). On a aussi longuement discuté des méthodes d'interprétation du droit codifié, par opposition au droit jurisprudentiel et au droit dit statutaire(3). Notre propos aujourd'hui n'est pas de reprendre ces discussions, fort intéressantes par ailleurs, mais uniquement de nous attaquer à un examen critique de la codification en tant que méthode législative dans le contexte particulier du droit québécois.

Après nous être sommairement interrogés sur les principaux phénomènes qui, à l'heure actuelle, semblent remettre en cause cette méthode législative, nous nous demanderons tout d'abord ce que devrait être à la fin du XX^{e} siècle la vocation d'une codification moderne et ensuite quelles sont les conditions essentielles à son épanouissement et à sa survie.

I LES ALÉAS D'UNE CODIFICATION MODERNE

Le contexte dans lequel le premier Code civil québécois a été conçu est évidemment très différent du contexte actuel. La société et le droit ont beaucoup évolué depuis 1866. À cette époque, au Québec, la codification constituait le moyen de consolider les règles de droit alors en vigueur, d'effectuer un choix éclairé entre celles-ci en cas de controverse et surtout d'assurer la survie d'un système à base de droit français devant l'éventuel danger de métissage dû à l'influence de la common law. La codification québécoise, très proche du modèle français, représentait un effort de systématisation de règles jusqu'alors éparses, liait les sources du droit québécois à la source française et permettait ainsi la survie d'un système civiliste au Québec(4).

On ne connaît que trop bien l'histoire de notre Code, son vieillissement progressif au cours des années et son inadaptation graduelle aux changements économiques et sociaux(5). La faute n'en est cependant pas imputable à la codification en tant que méthode d'expression du droit, mais bien plutôt au législateur et aux hommes politiques qui, pour des raisons trop longues à développer ici, se sont clairement désintéressés de l'adaptation et de la révision du Code sur une base de continuité, comme s'il suffisait de codifier pour assurer une fois pour toutes survivance et pérennité du droit civil. De nos jours, surtout en raison de l'expérience du passé, d'aucuns ont l'impression que la codification, du moins une codification de type classique, est un mode d'expression législatif inadéquat et dépassé, parce que soumis à un certain nombre de nouvelles réalités auxquelles ce type d'expression législative serait incapable de faire face.

A Le fractionnement du droit civil

Tout d'abord, on constate que le Code, à l'heure actuelle, contrairement à ce qu'il était à l'origine, ne représente qu'une fraction de moins en moins importante de l'ensemble du droit civil(6). Depuis 1866, un certain nombre de domaines importants du droit civil ont été réglementés en dehors du Code, par voie de lois spéciales, non directement intégrées à la codification. La liste de celles-ci, si l'on remonte de 1866, est impressionnante. Comme l'a signalé un auteur(7), on peut trouver l'explication au moins partielle de ce phénomène dans l'idée que le Code était considéré comme immuable, comme presque intouchable en raison de sa valeur culturelle et linguistique symbolique. Pourtant il y a plus, car ce phénomène n'est pas unique au Québec. En France, par exemple, nombre de lois particulières sont venues compléter le Code civil, sans pour autant s'y intégrer directement et ont dans un certain sens aussi porté atteinte à sa vocation d'universalité. Au Québec, cette tendance s'est accentuée au cours des années.

On peut, dès lors, légitimement poser la question de savoir comment une véritable codification doit réagir à ce phénomène et si, en fin de compte, cette tendance qui s'oppose à ce qui devrait normalement être une tendance centrifuge, une force d'attraction du Code, ne sonne pas, à plus ou moins long terme, le glas de la codification comme méthode législative.

La réponse à cette question dépend de la conception même que l'on a d'un "code" et notamment de ce qu'il devrait idéalement contenir. Le problème n'est cependant pas simple puisqu'il s'agit d'une question de degré et qu'une généralisation hâtive en la matière est dangereuse. Par exemple, il est aussi regrettable de voir le législateur conserver dans des lois particulières certaines règles de droit civil à portée universelle, que d'encombrer un Code civil d'une foule de règles de détail. Toutefois l'expression législative doit quand même être suffisamment précise, et le Code ne doit pas seulement contenir que des principes généraux. La multiplication des lois et des textes réglementaires touchant le domaine du droit civil, même si elle pose des problèmes complexes de coordination, ne consitue pas pourtant en elle-même une véritable menace pour la codification. Elle n'est menaçante que dans la mesure où elle s'effectue sans coordination et où il n'existe pas, au niveau gouvernemental, une volonté politique arrêtée de fixer certains critères permettant de déterminer ce qui doit aller au Code et ce qui peut demeurer dans la législation particulière. Le problème, à notre avis, ne se situe donc pas au niveau de l'existence même du phénomène qui de toute façon reste inévitable, mais à celui de la coordination qui doit exister entre les différents éléments législatifs de droit civil et donc de la détermination de leur place respective dans l'ensemble du système. Au minimum, les principes généraux et les règles à vocation générale qui s'ensuivent doivent logiquement être insérés au Code.

B La complexification du droit civil

Ensuite, les règles de droit, à notre époque, ont une singulière tendance à se complexifier. C'est à Jean Carbonnier que l'on doit l'analyse du phénomène dit de la "complexification croissante du droit". La rapidité et le développement des relations juridiques actuelles font que certaines règles, relativement simples à l'origine et donc susceptibles d'être exprimées en termes généraux, ne peuvent l'être que plus difficilement. Le législateur moderne a tendance à s'exprimer de façon plus spécifique et plus détaillée et à pourvoir davantage à l'organisation du régime juridique qui sous-tend les nouvelles règles. Dès lors, la codification, au sens classique du terme, qui tend plutôt à s'exprimer en termes généraux peut-elle encore prétendre être un véhicule législatif adéquat?

Poser une telle question revient à se demander si un code ne peut pas, de par sa nature même, exprimer

des règles complexes et précises, mais reste nécessairement limité à l'énoncé de règles simples et de principes généraux.

Notons, tout d'abord, que ce phénomène de complexification n'est pas inéluctable. Ainsi, si l'on compare la législation sur les régimes matrimoniaux prévue au Code de 1866 et celle récemment entrée en vigueur, c'est beaucoup plus d'une simplification qu'il faudrait parler. Ensuite, il n'existe pas, à notre avis, d'antinomie véritable et nécessaire entre la complexité d'une règle et sa vocation à rester dans le Code civil. Un code n'est pas nécessairement composé uniquement de règles simples. Il peut aussi refléter des réalités juridiques complexes. La différence entre forme codifiée et forme législative ordinaire procède d'un autre ordre d'idées. La codification exprime les principes et les règles ayant une vocation générale, qu'elles soient complexes ou simples. La législation traditionnelle s'attache davantage aux règles de fonctionnement et d'aménagement du régime. Ainsi, nul ne saurait contester la complexité de certaines règles contenues à l'heure actuelle au Code civil, par exemple, de celles portant sur l'enregistrement des droits réels(8). Elles ont quand même leur place dans un code. Par contre, on conçoit que pourraient fort bien ne pas s'y trouver les règles concernant la façon détaillée de faire l'enregistrement, non plus que celles pourvoyant à l'organisation des bureaux d'enregistrement(9).

L'opinion à l'effet que la complexité de la règle de droit constitue un empêchement dirimant à son expression sous une forme codifiée et la fait obligatoirement tomber dans le champ de la législation ordinaire, ou dans celui du règlement, est un mythe. Le complexité de la règle amène cependant un double effort. D'abord un travail de fond pour séparer ce qui ressort d'un code de ce qui n'en ressort pas, de ce qui a les qualités pour y être et de ce qui appartient plus à la forme ordinaire de législation. Ensuite un travail de forme pour qu'au niveau de sa rédaction l'expression reste compatible avec le langage traditionnel d'un code. Il reste néanmoins possible d'exprimer une règle complexe en termes clairs et simples.

C La publicisation du droit civil

Enfin, constate-t-on souvent, le droit privé se publicise. C'est à Georges Ripert(10) principalement que l'on doit une analyse du déclin du droit privé au

profit du droit public. Entre le moment où Ripert a écrit et le moment présent, cette tendance s'est accentuée. Cette "publicisation" du droit privé inquiète certains, pour deux raisons. L'une m'apparaît valable, l'autre non.

La première, dit-on, est la crainte que certaines questions ne sortent du périmètre du droit civil au profit du droit public. Je n'ai jamais été de ceux qui croient que le droit est formé de catégories étanches. Que le droit civil se publicise ne m'inquiète pas. Si certaines questions s'intègrent de façon plus pratique, plus intéressante dans le cadre du droit public, il faut s'en réjouir puisque c'est au fond la constatation du dynamisme de l'évolution du droit. Il n'est pas sûr, en plus, qu'il s'agisse toujours d'un échange à sens unique. Ainsi, le droit médical et hospitalier a pendant longtemps été presque exclusivement du ressort du droit civil, du moins quant à l'analyse des rapports patient-médecin-établissement hospitalier. Avec l'intervention croissante de l'État et le contrôle qu'il exerce dans le domaine, ce secteur s'est "publicisé" à un tel point qu'il est, de nos jours, difficile d'expliquer et d'analyser ces rapports en demeurant au seul niveau du droit civil traditionnel et du droit contractuel classique. Pourtant, me semble-t-il, les textes législatifs et réglementaires définissant l'accès aux services, la liberté de choix du médecin, etc. ne peuvent pas être examinés et interprétés en vase clos, par seule référence au droit public administratif. Ils participent aussi du droit civil, mais non plus exclusivement de ce droit. Il faut accepter dans notre société moderne l'interpénétration des différents domaines du droit, et leur interaction. Cette première crainte, suscitée par la publicisation croissante du droit civil, ne paraît pas inquiétante. Le droit civil se transforme, il ne disparaît pas.

La seconde par contre est plus sérieuse. Dans un pays comme le nôtre, le droit public est avant tout d'inspiration de common law. À la difficulté déjà certaine donc de la confrontation de deux disciplines, celle du droit privé et celle du droit public, vient s'en ajouter une autre dont notre histoire nous rend d'autant plus conscients, celle de l'interculturalisme juridique. Il serait regrettable, par exemple, que les règles d'interprétation de common law prennent nécessairement le pas, dans ces domaines conjoints, sur celles du droit civil, non pas que ces dernières soient meilleures ou préférables aux premières, mais simplement parce que l'expérience du passé nous a révélé les dangers, voire même les absurdités d'un métissage à sens unique(11).

La publicisation de certains secteurs du droit civil n'est donc pas non plus, sous réserve des nuances que nous avons faites, une raison suffisante pour penser que la codification est, de nos jours, un modèle dépassé ou que le droit civil codifié a nécessairement à craindre ces changements.

Tous ces phénomènes et ces aléas ne rendent pas, à notre avis, la codification impossible ou surannée. Ils obligent par contre, sans aucun doute, à une réflexion plus poussée sur ce que peut et ce que doit être une codification du droit civil à la fin du XX^{e} siècle et sur les conditions de son épanouissement. Ils devraient aussi davantage préoccuper le législateur au niveau de ses politiques de rédaction législative, le contraindre à établir des critères de fond et de forme pour séparer ce qui doit être inséré au Code de ce qui peut rester en dehors. On doit avouer cependant que c'est une tâche fort difficile qui doit être précédée d'un effort poussé de réflexion théorique.

II LA VOCATION D'UNE CODIFICATION MODERNE

La codification doit principalement être trois choses : une oeuvre de regroupement, une oeuvre de synthèse et une oeuvre d'adaptation permanente.

A La codification, oeuvre de regroupement

Le regroupement des règles de droit civil au sein d'une oeuvre codifiée est sûrement, à l'heure actuelle, une tâche plus difficile à accomplir que celle que les codificateurs de 1866 ont eu à réaliser, en raison de certains phénomènes que nous avons précédemment examinés, notamment l'éparpillement des règles. À cet égard, l'Office de révision du Code civil a fait le louable effort d'aller rechercher, dans les lois, celles des règles qui pouvaient prétendre à une vocation générale et donc trouver leur place dans le Code.

Je vous livre là-dessus une réflexion préliminaire, qui n'a pas la prétention d'être complète. À mon avis,trois critères principaux peuvent être retenus : celui du caractère "conceptuel" de la règle, celui de sa vocation générale et, enfin, celui de son caractère de stabilité.

Devraient entrer au code tout d'abord les règles qui expriment sous une forme ou sous une autre les principes fondamentaux du droit civil(12). Le Code doit, en effet, avoir une portée générale. C'est autour de lui que doivent s'articuler les règles du droit civil parce qu'il représente la clef de voûte conceptuelle de l'ensemble du système civiliste. Point n'est besoin, je crois, d'insister davantage sur ce premier point, qui m'apparaît acquis. Le Code ne doit pas toutefois se limiter à l'expression de seuls concepts. Il doit aussi prévoir les règles qui en découlent logiquement. Il serait ridicule, par exemple, de ne conserver au code qu'un seul article général sur l'obligation de garantie du vendeur, et de faire disparaître les règles énonçant les effets et les conséquences de cette obligation sur les droits des contractants.

Ensuite, on ne devrait trouver dans un code que les règles à vocation générale. Le Code ne doit pas s'encombrer d'un luxe de détails. Codifier signifie pour un pays qu'il a passé du stade du développement empirique du droit à celui de son développement scientifique(13). Les règles détaillées d'aménagement de tel ou tel cas particulier peuvent être laissées à la législation ordinaire. Il faut cependant avouer, encore une fois ici, que le problème en est un de nuances fort difficile à résoudre. Ce tri a été relativement bien réussi par le législateur québécois en matière d'assurance. Le Code actuel contient, aux articles 2468 et s., les principes et les règles générales qui commandent le système et le contrat d'assurance. C'est, par contre, dans les lois particulières qu'on retrouve les détails de la réglementation et leur régime d'application(14). La chose a été moins bien réussie en matière de protection du consommateur. Comment continuer à prétendre que le droit contractuel à vocation générale est constitué par les règles classiques du chapitre du Code civil sur les obligations, alors que, statistiquement du moins, la plupart des contrats passés par le citoyen dans sa vie courante sont des contrats de consommation tombant sous la Loi sur la protection du consommateur et qu'on peut donc s'interroger sur leur vocation générale(15). Par contre, il y a impossibilité de rapatrier en bloc dans le Code l'ensemble de cette législation nouvelle, ne serait-ce qu'en raison de son formalisme, de la nécessité du détail et du caractère administratif et réglementaire de beaucoup de ses dispositions. Peut-être cependant y aurait-il eu, avec un effort particulier, un certain compromis à faire. Le droit de la consommation est cependant récent et il est possible que ce soit finalement l'expérience du temps qui dicte un éventuel réaménagement de ce secteur.

Enfin, ne devraient trouver leur place au sein d'un Code civil que les règles auxquelles on peut prêter un certain degré de stabilité. De nos jours, le législateur réagit avec rapidité à des situations nouvelles créées par des états de crise, ce qui était moins souvent le cas il y a un siècle. La législation qui en résulte a parfois un caractère temporaire, vise une situation particulière, et est vouée à disparaître lorsque les causes de la crise ont elles-mêmes disparu. La législation récente sur le contrôle des loyers en est une illustration. L'application de ce troisième critère n'est cependant pas facile, puisque le caractère stable dans le temps d'une règle n'est pas seulement fonction de son contenu, mais aussi de facteurs extérieurs au droit lui-même, facteurs dont il est parfois difficile de prévoir l'impact, et qu'il n'existe pas, là non plus, de critères absolus.

B La codification, oeuvre de synthèse

La codification, enfin, doit être une oeuvre de synthèse. Du moins, c'est de cette façon qu'elle est comprise au Québec, qui suit à cet égard le modèle du Code populaire et non du Code savant comme le B.G.B. Comme bien d'autres pays, nous sommes, à l'heure actuelle, menacés d'inflation législative non seulement au niveau du nombre grandissant de lois, mais aussi au niveau de l'expression de la volonté législative. Le phénomène n'est pas nouveau et était probablement plus marqué il y a quelques années. Le législateur québécois, en effet, se fiait souvent, dans ses interventions au Code civil, sur des modèles offerts par la législation des autres provinces du Canada. Que l'on songe par exemple aux passages du Code portant sur l'équité dans les contrats(16), sur la vente en bloc(17), sur les privilèges du constructeur(18). Dans tous ces cas, les articles du Code sont au pire une mauvaise traduction littérale d'un statut ontarien, au mieux une adaptation sommaire de celui-ci.

Or, rédaction législative codifiée et rédaction législative de common law sont jusqu'ici malheureusement incompatibles. Le Code s'exprime en termes généraux. Il est, par un étrange paradoxe, probablement un meilleur promoteur de la créativité jurisprudentielle et du judge-made law, parce qu'il laisse aux tribunaux le soin de découvrir les règles d'application de ses principes aux instances particulières, tout en leur fournissant cependant des critères et un cadre d'exercice du pouvoir créateur. Le législateur de common law, au contraire, par tradition historique, tend à légiférer dans le détail, à essayer de couvrir le plus d'angles possible, parce qu'il apporte dérogation à la common law.

L'expérience au Québec a montré qu'il est impossible de songer à une véritable codification lorsqu'on emprunte à la source étrangère, sans prendre la précaution élémentaire de "civiliser" la règle, au moins dans sa rédaction et dans son expression. Cette opération amène la plupart du temps à faire oeuvre de synthèse à la fois sur le plan du fond et sur celui de la forme. Pour la forme, le modèle suivi par l'Office de révision du Code civil dans le Projet est excellente : une idée par article, dans un style dépouillé et clair. Il faut tendre à éliminer, dans l'avenir, les rédactions alambiquées dont le législateur québécois a, dans le passé, parfois truffé le Code civil lorsqu'il souhaitait le modifier(19).

C La codification, oeuvre d'adaptation permanente

Enfin, avec l'évolution actuelle du droit, il est désormais impensable qu'un Code civil moderne puisse se permettre le luxe que celui de 1866 s'est permis, à savoir l'immobilisme. Comme nous l'avons déjà dit, il existe un certain nombre de raisons historiques à ce phénomène et il est encore heureux, à y bien penser, que le Code civil actuel ne soit pas tombé en complète désuétude. À notre époque, il serait dangereux de vouloir rééditer une telle prouesse. Qui dit "codification" ne dit pas pour autant invariabilité, immutabilité, fixisme ou sclérose du droit. Il est normal qu'un code soit moins sujet aux changements législatifs que des lois à caractère ponctuel, de par la nature même des règles qu'il contient. Les principes énoncés dans un code ont nécessairement un certain caractère de stabilité et d'universalité qui les rend moins propices aux changements.

Cependant, le Code doit lui aussi s'adapter. En d'autres termes, un code n'est pas une oeuvre sacrosainte, immuable et définitive, mais un simple instrument d'énoncé de la volonté législative. Il doit donc se plier lui aussi aux modifications entraînées par les changements économiques et sociaux. Attendre cent ans pour refaire un Code civil n'est pas, à notre avis, une politique saine et réaliste. Sa révision doit au contraire constituer une oeuvre permanente et continue(20). Depuis quelques années d'ailleurs, le législateur québécois s'est heureusement montré moins timide dans les modifications apportées au Code. Par contre, la modification au "coup par coup" devrait être évitée. Le droit de la famille, ces dernières années, n'a pas été épargné de ce coup par coup. Les pressions sociales devant le vieillissement des textes étaient probablement trop fortes pour permettre d'attendre une réforme d'ensemble. En autant que faire se peut,

toutefois, cette méthode devrait être proscrite parce qu'elle nuit à l'unité.

III LES CONDITIONS D'ÉPANOUISSEMENT D'UNE CODIFICATION MODERNE

Le droit civil est un système qui ne se résume pas à la seule présence d'un code. Les pays comme le nôtre et comme la Louisiane, qui ont connu certaines difficultés à assurer la vie ou même la survie du droit civil, s'en sont rendu compte. Un code civil n'est qu'un élément, important certes, mais non unique ; il n'est qu'une des parties constituantes de l'ensemble du système civiliste. Il doit être le pivot de cet ensemble. Les autres parties du système doivent à leur tour l'intégrer, le nourrir et interagir avec lui.

Aucun des systèmes civilistes et codifiés ne sont cependant identiques. Chacun, à des degrés divers, puise dans sa propre tradition historique, dans les influences diverses qui ont pu façonnner à travers les ans sa spécificité propre. Ainsi, le système québécois n'en est pas moins civiliste, pour avoir parfois puisé aux sources de la common law; il n'en est pas moins civiliste, même si la forme des jugements est celle des pays de common law. Au-delà de ces originalités, il existe cependant un certain nombre de conditions minimales sans l'existence desquelles la codification risque de ne pouvoir s'épanouir. Le Code, partie d'un ensemble, est directement tributaire des autres sources du droit. C'est donc par rapport à celles-ci qu'il convient d'examiner les conditions de son épanouissement.

A Codification et législation

Deux problèmes principaux se posent dans la relation entre le Code civil et l'exercice du pouvoir législatif. Le premier est celui des mesures à prendre pour permettre à un Code civil nouveau de voir le jour. Le second est celui des relations qui doivent exister entre le nouveau code et le reste de la législation.

Jusqu'ici, seule une toute petite partie du nouveau Code civil du Québec est effectivement entrée en vigueur, lorsque le projet de loi 89 a été promulgué. Il s'agit cependant d'une tranche importante portant sur le droit de la famille. Quand on songe au fait que le Projet

de l'Office a officiellement été remis aux autorités en 1978, on doit constater qu'il s'agit là d'un bilan assez maigre et d'un délai qui ne laisse rien présager de bon pour l'avenir. À ce rythme, en effet, on peut compter quelque quinze ans avant que l'ensemble du Code ne devienne loi.

Pourtant, le système mis sur pied par le gouvernement est loin d'être mauvais. La commission parlementaire permet de ventiler les objections de principe et d'attirer l'attention du public sur la réforme. Le Comité spécial chargé de la révision des textes permet de refléter certains changements ou certaines préoccupations d'ordre nouveau. Le problème n'en est pas un de structure, mais de moyens. Il faudrait que la mise en vigueur de l'ensemble du Code civil soit vraiment considérée, au niveau politique, comme une priorité et ne s'échelonne pas sur un nombre d'années tel que les premiers textes soient déjà vieillis au moment où les derniers entreront en vigueur. Encore une fois, le code est un tout et non une oeuvre fragmentaire. L'unité de l'ouvrage dépend donc, sinon d'une promulgation de l'ensemble en une seule et même fois, du moins d'une activité législative planifiée d'avance, bien réglée et relativement rapprochée dans le temps.

Ne serait-il pas préférable à cet égard que l'Assemblée nationale, pour une oeuvre aussi considérable, procède par un système de vote bloqué, c'est-à-dire par un vote sur l'ensemble du Code sans admettre de modifications ponctuelles à tel ou tel article du projet? Ces modifications, aussi louable que soit d'ailleurs l'intention de leurs auteurs, détruisent parfois un ensemble méticuleusement et rationnellement construit.

Le second problème est celui des relations entre le Code et la législation ordinaire. Sur cette question, deux difficultés sont apparentes. La première, sur laquelle nous nous sommes déjà penchés, est de déterminer la compatibilité de la législation dite "statutaire" avec les dispositions du Code civil. La seconde est de prévenir le vieillissement du Code civil et de veiller à sa constante adaptation aux besoins de la société.

Ces deux difficultés sont loin d'être insolubles. La création d'une véritable Commission provinciale de réforme du droit serait un premier pas important. Sauf erreur, le Québec est à l'heure actuelle la seule province du Canada à n'en pas posséder. Outre le travail de

révision de l'ensemble des lois québécoises à moyen et à long terme, cette Commission pourrait en plus assurer l'harmonisation de la nouvelle législation, sur le plan du fond et de la forme, avec le Code civil et proposer les modifications propres à assurer l'adaptation du Code à la réalité économique et sociale. Ces deux tâches, indispensables au développement, à long terme, du Code, peuvent être accomplies à peu de frais.

B Codification et jurisprudence

C'est, en fin de compte, la jurisprudence qui dit ce que le droit est. L'importance de la jurisprudence au Québec est d'autant plus grande que la tradition et le style des jugements lui ont conféré, dans l'interprétation du Code, une place importante, bien au-dessus de la source doctrinale. Le Projet de Code donne à cet égard de très larges pouvoirs discrétionnaires au juge. Certains s'en étonnent et certains magistrats semblent même craindre cet état de choses. À notre avis, il est au contraire bon et souhaitable dans certaines limites.

Le Code doit, en effet, être suffisamment souple pour s'adapter aux conditions particulières à chaque espèce et donner au juge un large pouvoir d'adapter le droit aux faits, ce qui n'est pas pour autant lui donner blanc-seing dans l'interprétation de la loi. Il faut cependant que le Code lui indique les critères de base qu'il doit suivre. Et, surtout au début de la vie d'un nouveau code, il est important d'assurer au-delà des cas individuels une unité d'interprétation des règles nouvelles au niveau des juridictions d'appel comme la Cour d'appel et la Cour suprême. Les justiciables doivent pouvoir connaître, avec un certain degré de certitude, de quelle façon les tribunaux appliquent les nouvelles règles et l'interprétation générale qui s'en dégagera.

Il faut souhaiter qu'elle soit une interprétation véritablement civiliste, qu'elle se libère des règles d'interprétation statutaire fixées et restrictives qui ont parfois été appliquées aux textes du Code. Il faut souhaiter aussi que la jurisprudence, dans l'interprétation des règles particulières, se souvienne toujours que le Code est un tout et donc que l'interprétation de chaque règle ne doit pas se faire isolément, mais bien de façon compatible avec l'ensemble de la structure et du contenu de la codification.

C Codification et doctrine

On connaît, ici au Québec, les vicissitudes de notre doctrine et sa relative pauvreté par rapport à la doctrine française ou belge. L'accès des écoles de droit au rang de véritables facultés, la création de centres de recherche et de certaines sociétés savantes ont permis cependant à la production doctrinale du Québec de remédier en partie aux carences dont elle a souffert pendant trop longtemps.

Avec l'avènement du nouveau Code, la production doctrinale doit devenir encore plus importante, puisqu'il va être nécessaire d'interpréter les nouveaux textes, de les discuter, de suggérer les inter-relations entre les différentes parties du Code, d'en dégager les principes de base et les lignes de synthèse (21). J'espère, pour ma part, que nous pourrons rapidement passer à travers la période strictement exégétique pour voir se développer graduellement plusieurs séries de grands traités véritablement scientifiques.

Enfin, la doctrine québécoise doit accentuer son rôle critique. Jusqu'ici, sauf rares exceptions, la doctrine québécoise a essentiellement comblé un vide, celui de la recherche et de la synthèse des solutions de droit positif à travers l'interprétation jurisprudentielle. Désormais, en plus de remplir ce rôle absolument indispensable à la progression des règles de droit, la doctrine devra exercer à l'égard du législateur et de la jurisprudence un rôle critique plus important. Même si les perspectives à cet égard sont encourageantes, il faudra sûrement attendre encore plusieurs années pour voir la production doctrinale québécoise en droit civil atteindre le niveau dont elle est capable et qui devrait normalement être le sien.

CONCLUSION

En conclusion, je me permettrai de faire trois brèves remarques.

La première est que, tout bien considéré, la codification comme méthode législative au Québec se porte bien. Elle a résisté à l'érosion du temps, aux assauts parfois difficiles de la common law et au vieillissement causé par l'inertie du législateur et l'indifférence du

pouvoir politique. Même dans sa forme actuelle, et abstraction faite du Projet du nouveau Code, la codification au Québec a fait ses preuves comme méthode de traduction, sur le plan juridique, des valeurs de la société.

La seconde est que, pour l'avenir, il est impératif qu'un effort sensible soit fait de la part du gouvernement pour mettre le nouveau Code civil en vigueur le plus rapidement possible. Le passage par tranches n'est pas souhaitable, à moins d'être planifié et de s'effectuer dans un temps relativement court pour éviter les difficultés d'un éclatement interne causé par des modifications ponctuelles aux parties, sans égard au tout. La tranche de droit de la famille est un premier pas. Il faut souhaiter que le reste suive encore plus rapidement.

La troisième est qu'il faut être conscient que la codification en elle-même n'est pas une formule magique. Elle n'est qu'un élément d'un ensemble structurel plus large qui est le droit civil. C'est donc au-delà de la simple formule de codification qu'il faut regarder ; c'est l'ensemble du système civiliste, à travers la législation, la jurisprudence et la doctrine, qu'il faut voir. À l'époque actuelle, en raison des bouleversements importants que connaissent d'ailleurs tous les systèmes juridiques, la vie de la codification ne peut être assurée que si ces trois autres sources respectent, elles aussi, les exigences de l'ensemble.

NOTES :

1. Nous n'entrerons pas ici dans la controverse de savoir ce qu'est une véritable codification, par opposition à une simple consolidation. Notons toutefois que, même dans les cas où la "codification" ne désigne qu'une simple compilation de lois mises ensemble pour des fins essentiellement pratiques, il est indispensable qu'une certaine unité existe à la base. Les rédacteurs du Code de Commerce Uniforme aux U.S.A. l'ont d'ailleurs bien compris en énonçant dans leur article 1-104 : "This Act being a general act intended as a unified coverage of its subject matter..." Sur le sujet, voir entre autres : J. RAY, "Essai sur la structure logique du Code civil", Paris, 1926 ; F. STONE, "A Primer on Codification", 29 Tul. Law. Rev. 303 (1955); J. VERLINDEN, "Le concept de Code en Europe occidentale du 13e siècle au 19e siècle : essai de définition", 1967 ; BRIERLEY, J.E.C., "Quebec's Civil Law Codification, (1968) 14 McGill L.J. 521 ; D. TALON, "Codification and Consolidation of the Law at the Present Time", (1979) 14 Isr. Law. Rev. 1.

2. Voir surtout à cet égard les travaux louisianais, notamment : J. TUCKER, "The Code and the Common Law in Louisiana", 29 Tul. Law. Rev. 739 (1955); "Tradition and Technique of Codification in the Modern World : The Louisiana Experience", 25 La. Law. Rev. 698 (1965); A. TATE, "Techniques of Judicial Interpretation in Louisiana", 22 La. Law. Rev. 727 (1962); "Civilian Methodology in Louisiana", 44 Tul. Law. Rev. 673 (1970); J. DAINOW, "Civil Law in a Mixed Jurisdiction", L.S.U. Press - Baton Rouge, 1976 ; J. CUETO-RUA, "The Future of the Civil Law" 37 La. Law. Rev. 645 (1976); YIANNOPOULOS, A.N., "Louisiana Civil Law : A Lost Cause?, 54 Tul. Law. Rev. 830 (1980).

3. F.P. WALTON, "Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada", Toronto, Butterworths, 1980 ; P.B. MIGNAULT, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation", (1935-36) 14 R. du D. 583 ; L. BAUDOUIN, "Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec", (1950) 10 R. du B. 397 ; J.-L. BAUDOUIN, "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada", (1975) 53 R. du B. can. 715.

4. Voir J.E.C. BRIERLEY, précité, supra, note 1, 521.

5. J.-L. BAUDOUIN, "Le Code civil québécois : crise de croissance ou crise de vieillesse", (1966) 44 C.B. Rev. 391 ; CRÉPEAU, P.-A., "La révision du Code civil" in "Cours de Perfectionnement de la Chambre des Notaires", (1977) p. 339 ; "Civil Code Revision in Quebec", 34 La. Law. Rev. 921, (1973-74).

6. Notons que le Code civil ne peut jamais prétendre représenter tout le droit civil. Voir les observations du juge Beetz dans Cie Immobilière Viger ltée v. Giguère, [1977] 2 R.C.S. 67.

7. P.-A. CRÉPEAU, "La révision du Code civil", précité, supra note 5, p.341 et s.

8. Arts 2082 et s. C.civ.

9. Arts 2158 et s. C.civ.

10. G. RIPERT, Le déclin du droit, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

11. L. BAUDOUIN, "Méthode d'interprétation judiciaire du Code civil du Québec", précité, supra, note 3; BAUDOUIN, J.-L. "The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec", in The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions, Dainow Ed., L.S.U. Press. 1974, 1.

12. Ces principes d'ailleurs permettent cette constante adaptation à la réalité changeante : S. HERMAN, "Legislative Management of History : Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code", 53 Tul. Law. Rev. 380 (1978-79); R. DAVID, "The Civil Code in France Today", 34 La. Law. Rev. 907 (1973-74) ; A. LEVASSEUR, "On the Structure of a Civil Code", 44 Tul. Law. Rev. 693 (1969-70) ; BAUDOUIN, L. "Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles", (1962) Rev. qué. dr. comp. 3.

13. J. MAILLET, "The Historical Significance of French Codifications", 44 Tul. Law. Rev. 681 (1969-70).

14. Lois sur les assurances, L.R.Q., 1977, chap. A-32.

15. Loi sur la protection du consommateur, L.Q. 1978, chap. 9, L.R.Q., 1977, chap. P - 40. Voir les Travaux du Colloque Québec-Louisiane de l'Association Henri-Capitant, publiés dans (1979) 10 Rev. Gén. de Droit, p. 7 et s.

16. Arts 1040a et s. C.civ.

17. Anciens articles 1569a et s. C.civ.

18. Arts 2013 et s. C.civ.

19. Notons cependant que certaines attitudes de nos amis de common law commençent à changer, comme le montrent certains travaux récents sur le style de rédaction législative. Entre autres, les travaux de la Commission de Réforme du droit du Canada : "Pour une codification du droit pénal", Ottawa - 1976 ; "La rédaction française des lois", Ottawa - 1980 ; Voir aussi, au fédéral, "Guide canadien de rédaction législative française" - Ministère de la Justice, 1980. Au provincial, de très grands efforts de clarification ont été faits depuis quelques années. Voir M. SPARER, Propos sur la rédaction des lois, Conseil de la langue française, Québec, Éd. off. du Québec, 1979. M. SPARER, et W. SCHWAB, "Rédaction des lois, rendez-vous du droit et de la culture", in Dossiers du Conseil de la langue française - 1980 ; ISSALYS, P., "Langage et système des lois", in Dossiers du Conseil de la langue française - 1980 ; JACOBY, D., "La composition des lois", (1980) 40 R. du B. 4.

20. Il est intéressant de constater que les codificateurs de 1866 étaient conscients du problème. Ils avaient d'ailleurs suggéré dans leur Rapport d'éviter les modifications fragmentaires, mais de procéder à des révisions périodiques : Rapport des Commissaires du Code civil du Bas-Canada, Desbarats, Québec, 1865, 6e et 7e Rapports, p. 263.

21. Voir R. MACDONALD, "Civil Law - Quebec - New Draft Code in Perspective", (1980) 58 Can. Bar Rev. 185, à la p. 202. Aussi P.-A. CRÉPEAU, "La renaissance du droit civil canadien", in Livre du Centenaire, P.U.M., 1970, vol. 1, p. xiii ; "La révision du Code civil", précité supra, note 5, 341.

M. J.E.C. Brierley :

Il me fait maintenant plaisir de vous présenter notre deuxième conférencier, monsieur le professeur Kleyn, de l'Université de Leiden.

Le professeur Kleyn a pratiqué le droit pendant treize ans, comme notaire, à la Haye. Il a commencé sa carrière universitaire comme "répétiteur" en droit civil dans une université de Hollande et, après ses études de doctorat à l'Université de Leiden, il fut nommé, en 1970, professeur de droit civil et de droit notarial dans cette même université.

Le professeur Kleyn nous entretiendra ce matin des méthodes législatives, à la lumière de son expérience en Hollande, et en particulier du Code de 1838 qui, tout comme le Code du Québec, est en partie en voie de reconsidération et de restructuration.

M. W.M. Kleyn :

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES MÉTHODES LÉGISLATIVES EN DROIT CIVIL

En règle générale, le droit dans les pays européens est, contrairement au système anglo-américain, un droit codifié et non jurisprudentiel. La jurisprudence comme principale source de droit a donné lieu à des problèmes particuliers: par exemple, comment assurer une certaine uniformité lorsqu'il n'y a pas eu codification des principes de droit? Pour cette raison, le principe du stare decisis (non codifié) est extrêmement important dans le système anglo-américain, même s'il n'est pas approprié de s'y conformer en toute circonstance.

Toutefois, vouloir décrire la différence entre le droit civil et la common law en tant que règle de droit écrite opposée à la règle de droit jurisprudentielle serait faire du tort à chacun de ces systèmes. Bien que la jurisprudence constitue, en common law, la source principale du droit, il a été impossible d'éviter complètement le droit écrit; en fait, ce dernier prend actuellement une place de plus en plus importante dans les pays anglo-américains. Sur le continent européen, par contre, les lois ne constituent plus l'unique source de droit; le temps où la magistrature devait se borner à l'application des lois dans des situations précises, le temps où Montesquieu disait: "Les juges ne sont que la bouche de

la loi", ce temps est révolu. Le juge contemporain d'un pays de droit civil se trouve beaucoup plus libre que ne l'étaient jadis ses collègues.

Choisir d'accorder un rôle à la jurisprudence implique la nécessité d'adapter la législation à ce choix, de façon qu'il soit possible pour les juges de rendre leurs jugements. Il est donc nécessaire de déterminer le degré d'influence que l'on souhaite accorder à la jurisprudence avant de choisir une certaine méthode législative. Plusieurs éléments importants sont ici à prendre en considération. La première question à laquelle il nous faut répondre est: de quelle façon doit-on réagir aux mutations imprévues de la société?

Il existe trois possibilités:

1) Adapter promptement et adéquatement la loi;

2) Laisser l'initiative à la magistrature;

3) Un mélange de ces deux formules.

De façon générale, la France constitue un exemple de la première possibilité, tandis que les Pays-Bas sont un exemple de la deuxième, bien que, naturellement, l'on retrouve dans ces deux pays des tendances à une forme combinée des deux.

L'avantage du premier système est que le législateur a bien pesé les modifications à apporter à la loi et les a, par conséquent, très attentivement examinées tant pour leur valeur intrinsèque qu'en ce qui concerne leur place dans le système législatif. Il y a, par ailleurs, l'avantage qu'une loi modifiée risquera moins de rester inobservée qu'une nouvelle règle de jurisprudence. Le désavantage de ce système est que le droit pris dans son ensemble devient moins systématique après un certain temps.

Dans le second système, l'inconvénient réside dans le fait que c'est toujours un juge qui décide d'un cas: tout d'abord, cela signifie que lorsqu'aucune question ne lui est posée, il ne peut absolument pas modifier le droit et, deuxièmement, qu'une fois le droit changé, il appartient à la doctrine de déterminer quelles circonstances étaient pertinentes et dans quelle sorte de causes la décision sera, de façon générale, applicable.

Lorsque c'est le législateur qui effectue des modifications, celles-ci ne sont évidemment pas limitées à une seule cause. Par ailleurs, le législateur a les moyens de faire connaître ses motifs: il peut expliquer la nouvelle loi et son champ d'application dans une annexe à la loi, tandis que les débats parlementaires apporteront plus d'éclaircissements sur les modifications apportées. Cette annexe est admissible comme preuve devant les instances judiciaires. Cela est impossible en Grande-Bretagne où le système veut que le droit soit, en principe, jurisprudentiel; cependant, il est possible pour un juge d'exprimer une opinion contraire. Ces opinions différentes peuvent constituer un moyen par lequel on peut expliquer une modification apportée au droit.

On avance souvent, comme avantage de la deuxième méthode, le fait que la magistrature peut réagir plus vite que le législateur (on emploie souvent cet argument pour défendre le système de common law face à ceux qui préfèrent le système de droit civil). Cela peut paraître vrai, mais il faut cependant noter qu'il faudra plusieurs années au moins avant qu'une cause n'atteigne la juridiction suprême qui est souvent - du moins aux Pays-Bas - la seule à qui la doctrine et la pratique accordent une véritable autorité. Le législateur peut, cependant, déléguer une partie de ses pouvoirs, à condition que la loi prévoie des limites à la compétence de la juridiction qui recevra cette délégation de pouvoirs.

Ces considérations nous amènent à la conclusion qu'il existe plusieurs façons d'adapter la loi à une société en mutation, chacune d'elles possédant ses avantages et ses inconvénients propres.

1) Par la magistrature - Inconvénient: ce n'est pas une méthode aussi rapide qu'elle paraît, et il s'agit de jurisprudence.

2) Par la législation - Inconvénient: cela prend du temps et, en fin de compte, la loi n'est plus systématique.

3) Par législation déléguée: le Gouvernement peut compléter la loi si cette dernière accorde la compétence de le faire. Avantage: on peut réaliser une adaptation rapide, néanmoins mûrement réfléchie et qui n'est pas de la jurisprudence. Désavantage: c'est plus ou moins contraire à la façon normale de légiférer dans une société démocratique.

Comme je l'ai déjà mentionné, aux Pays-Bas on préfère généralement l'adaptation par la magistrature. Parce que le Code civil actuel est en vigueur depuis 1838, l'ensemble total est devenu à l'heure qu'il est extrêmement compliqué. On a donc décidé de procéder à sa révision, afin de l'adapter à la société moderne.

On peut se poser ici plusieurs questions:

1) Est-il nécessaire que la nouvelle codification entre dans les détails ou est-il préférable de conserver à la loi sa simplicité et de confier à la jurisprudence le soin d'élaborer les détails?

2) Faut-il ou non exclure la législation dans certains domaines ou est-ce à la jurisprudence de décider de la portée de cette exclusion?

3) Le Code doit-il conserver des règles dogmatiques strictes ou laisser ouvertes au juge plusieurs possibilités pour adapter les relations juridiques selon les principes généraux de "bonne foi" et de "justice naturelle"?

En ce qui concerne la seconde question (l'exclusion de certaines parties de la législation), il n'existe pas de réponse correcte; cela dépend, en fait, de l'orientation politique et de la perspective générale du moment dans un pays. En principe, sur le plan technique, le législateur n'a pas à se préoccuper de ce genre de problèmes.

Il existe actuellement, surtout en Europe, une forte tendance à limiter les possibilités que l'on a en-dehors des textes de lois. Cela signifie qu'il devient plus difficile d'exclure une loi, ou une partie. Cela s'explique par la nécessité, dans une société aussi complexe que la nôtre, de protéger les faibles contre les plus forts. Une telle tendance laisse naturellement son empreinte sur un nouveau Code civil. On peut s'attendre, toutefois, à ce que le Code exprime, clairement et sans équivoque, les circonstances dans lesquelles il est permis d'exclure (de façon formelle ou tacite) un article de loi, et celles où il est interdit de le faire.

Le Projet du nouveau Code civil néerlandais n'est pas entièrement satisfaisant à cet égard.

Les première et troisième questions sont quelque peu reliées. Quant à la première: lorsqu'une loi entre dans les détails, il reste, du moins au début, peu de marge de manoeuvre pour les juges. Le Projet de Code civil néerlandais a opté pour un compromis sur ce plan. Dans quelques domaines il existe des règles détaillées, mais l'optique générale semble avoir été de laisser de la place pour des modifications lorsque cela sera nécessaire. Jusqu'à un certain point, on a tenté de ne pas trop se cramponner à des points de vue trop dogmatiques qui mèneraient à un système rigide. On a plutôt tenté de faire un Code civil facile à adapter dans une société en pleine mutation. Je pense que c'est une bonne chose. C'est une tradition néerlandaise très respectée que de laisser de tels problèmes à la magistrature.

Cela nous amène à la troisième question: quel degré de sécurité juridique le texte de loi doit-il assurer? Si l'on accorde à la jurisprudence plus de moyens pour modifier ou même rendre inopérante une relation juridique, conformément aux règles de la "bonne foi", cela s'accordera avec la "justice naturelle" mais fera, bien sûr, du tort à la sécurité juridique. Il est nécessaire ici de faire un choix. Opter pour la sécurité juridique fera que des contrats lieront les parties même lorsque cela est injuste, tandis que le choix de la seconde solution donnera lieu à l'adaptation de contrats injustes.

Sur le continent européen, l'exemple le plus connu d'un tel choix est la dévaluation des devises. Ce fut un problème surtout après la première guerre mondiale. Je vais vous citer l'exemple d'un tel cas. Avant la guerre, quelqu'un avait prêté à une personne la somme de DM 125 000. En 1924, il réclama le remboursement de son prêt, mais le débiteur ne voulut pas rembourser plus que la nouvelle valeur de ces DM 125 000. En ce temps-là, le nouveau mark ne valait plus qu'un billionième de son ancienne valeur. À la même époque, le Hoge Raad néerlandais avait opté pour la sécurité juridique; depuis lors, l'opinion du Hoge Raad a graduellement changé. De nos jours, dans presque tous les pays européens (sauf, par exemple, en Italie) le pouvoir judiciaire a adopté une attitude beaucoup plus souple.

Cette nouvelle attitude a inspiré plusieurs articles du nouveau Code civil (par exemple les articles

6,5.3.11 N.B.W.). Je suggérerais aux juges d'être prudents dans l'application de tels articles, car autrement cela pourrait préjudicier à la communauté des affaires.

Le nouveau Code civil néerlandais a également effectué un autre choix: en vertu du Code actuel, des problèmes surgissent parfois quand deux articles différents s'appliquent l'un et l'autre à une situation donnée. Certains articles doivent s'appliquer exclusivement à une certaine situation; cela signifie que lorsque le plaignant fonde sa cause sur le "mauvais" article, sa demande sera rejetée même si l'article "cadrait" bien comme tel. Le nouveau Code civil néerlandais ne fait presque jamais ce choix, et lorsqu'il le fait, il le dit clairement. Ainsi il est moins probable que le choix d'un mauvais article empêche la justice d'être rendue.

La question suivante qui se pose est: comment doit-on interpréter le Code? Les avocats néerlandais peuvent s'appuyer sur les commentaires (provenant pour la plupart du ministère de la Justice) qui indiquent l'intention du législateur. Comme on l'a déjà signalé, cela diffère dans certains pays, comme par exemple, la Grande-Bretagne. Quelle valeur faut-il accorder à ces commentaires? Ils sont sans aucun doute très importants, mais le législateur doit faire attention à ne pas trop régler de points de droit à l'aide de ces commentaires, mais à en régler suffisamment dans le texte de loi lui-même car, quelle que soit l'importance de ces commentaires, la seule chose qui lie le juge est le texte de loi. En fin de compte, ces commentaires ne sont pas plus qu'une aide dans la recherche de l'interprétation historique ou législative d'un article. Si un juge devait choisir, et il est libre de le faire, un autre moyen d'interprétation, il y aurait le risque que la solution que le législateur avait à l'esprit soit perdue.

Enfin, il existe un problème important qui mérite d'être examiné. Le nouveau Code civil est conçu comme une codification complète. Cela signifie que, depuis 1955, on a travaillé à une révision complète du droit de la famille, du droit des sociétés, du droit des biens, du droit des successions, du droit des contrats, du droit sur la responsabilité civile extra-contractuelle, ainsi qu'à celle de plusieurs contrats mi-generis que l'on considérait autrefois comme faisant partie du droit commercial. Cette entreprise étant très vaste, il est nécessaire d'introduire la nouvelle codification en quatre parties: tout d'abord, le droit de la famille (en 1970); puis le droit des sociétés (en 1976); le droit des biens

ainsi que le droit des contrats, le droit des successions et le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle seront probablement introduits en 1985, et après cela, les contrats mi-generis. Il faut, en conséquence, prévoir, à chaque étape, une série d'articles destinés à faire d'une loi en partie nouvelle, en partie ancienne, un système cohérent.

À part cela il existe un problème de dispositions transitoires: jusqu'à quel point la nouvelle loi peut-elle remplacer l'ancienne? Est-ce que les relations juridiques existantes devraient être régies uniquement par le droit nouveau ou bien est-il préférable de se référer à l'ancien droit et de préserver ainsi la sécurité juridique? Il s'agit là d'une question à laquelle on ne peut donner une réponse générale; il est nécessaire de faire des distinctions. Un exemple servira à illustrer la question: en ce qui concerne la formation d'un contrat, l'ancienne loi doit toujours s'appliquer même si le nouveau Code a été introduit; mais en ce qui concerne l'exécution du contrat, il faut, de façon générale, préférer le nouveau Code, par exemple dans le cas d'un contrat devenu inéquitable par suite d'un changement de circonstances. Cela fait naître, toutefois, un nouveau problème: étant donné que les parties au contrat n'étaient pas en mesure de prévoir cette nouvelle situation, il n'est peutêtre pas juste de les laisser se voir confrontées à une nouvelle compétence de la magistrature, parce que, eussent-elles connu les modifications futures de la loi, elles auraient probablement pris des dispositions en conséquence plutôt que d'attendre la décision du juge.

Le même problème se retrouve dans le droit des successions: quelqu'un partage sa succession selon le droit existant, ce qui signifie qu'il ne fera un testament que dans la mesure où il cherchera à s'écarter du droit existant de l'époque. Si, par la suite, la loi est modifiée, il est probable que l'ancien testament ne sera pas en accord avec cette nouvelle loi, ou qu'il sera exécuté d'une manière différente de celle prévue par le testateur. Étant donné que le testateur sera décédé à ce moment-là, il sera impossible au juge d'obtenir les informations nécessaires. Le législateur doit donc prévoir des dispositions transitoires mûrement réfléchies.

Enfin, le juge peut assister le législateur en prenant en considération le Code futur avant même qu'il ne soit introduit. La jurisprudence néerlandaise a déjà adapté certaines parties du droit actuel aux parties du nouveau Code qui n'ont pas encore été adoptées. Sur ce

plan, le législateur contemporain bénéficie d'un avantage sur le législateur de l'ère napoléonienne, car il peut compter sur l'appui d'une magistrature expérimentée et bien formée, et il peut laisser à la jurisprudence un rôle plus important que ne le pouvait son prédécesseur. Néanmoins, il est nécessaire d'appliquer une méthode législative bien conçue.

M. J.E.C. Brierley :

Ce qui me frappe dans les deux conférences que nous avons entendues jusqu'à maintenant, c'est que leurs auteurs sont toujours convaincus du bien-fondé de la codification comme méthode législative. Il n'est pas question d'envisager un retour aux méthodes d'expression du droit qui existaient dans leur système respectif avant la codification. Il sera néanmoins intéressant d'entendre les observations de personnes ayant travaillé surtout dans un système non codifié et, à cette fin, notre premier intervenant sera le professeur Hahlo de l'Université de Toronto.

M. H.R. Hahlo :

Je me trouve dans la même situation que l'étudiant à l'Université de Cambridge qui, à l'examen, avait trente minutes pour aborder brièvement la question: Common Law et Codification, alors que je dois le faire en dix minutes.

En 1965, la Commission de réforme du droit fut instituée en Angleterre et, selon les statuts, l'objectif visé était de codifier la common law. J'ai écrit un article en 1967(1) intitulé : "Here lies the Common Law - Rest in peace", dans lequel je suggérais que tenter de codifier la common law était peine perdue et que l'on n'arriverait pas à une codification du type que connaissent les pays continentaux.

Mais il y a certainement une erreur si l'on croit que je suis opposé au principe de la codification. Certains domaines du droit se prêtent mieux à la codification, tels le droit sur les baux, mentionné par le professeur Kleyn, le droit maritime, la procédure, possiblement le droit criminel et il existe certaines situations où la

---

1. (1967) 30 Mod L. Rev. 241 et s.

codification est essentielle. C'est le cas de la France qui n'aurait jamais pu unifier son droit: "pays de droit écrit, pays de droit coutumier".

L'Allemagne n'aurait pu obtenir un système uniforme de droit sans la codification. Et lorsque le Canada ou même les provinces de common law, ont songé à l'unification de leurs lois il n'y avait pas d'autres moyens que la codification.

De plus, une fois que la codification est commencée, on doit la continuer. L'on ne peut s'y soustraire.La codification peut se faire lentement ou par la rédaction d'un nouveau code, comme cela a été fait d'une façon remarquable au Québec par l'Office de révision du Code civil sous la direction du professeur Crépeau.

Cependant, il existe certaines choses que la codification ne peut faire, même si, au XVIII^{e} siècle, on croyait le contraire.

Nous caressons tous ce vieux rêve d'avoir un livre de droit, un code simple, clair, logique, cohérent, établissant une certitude du droit, rendant la loi accessible au profane, et qui facilite en même temps la tâche de l'avocat. Ce rêve a toujours existé. Mais la loi est bien trop complexe dans une société déjà compliquée.Il n'est pas possible d'avoir un code simple. Dans la nature des choses, les dispositions du code doivent être générales; elles ne sont pas différentes de celles que vous trouvez dans Halsbury's laws of England, ou dans les Restatements. Dès que vous avez une cause, il faut fouiller dans les lois.

Le profane ne pourra jamais comprendre le droit, qu'il soit inscrit dans un code ou qu'il fasse partie de la common law. Et, même pour un avocat, ce n'est jamais facile. Pour le praticien, que ce soit en Allemagne, en France ou en Angleterre, l'approche est sensiblement la même.

La common law procède par induction : elle part des faits et remonte à la loi. Le droit civil fonctionne par déduction, partant des principes généraux pour en venir aux faits. Cependant, aujourd'hui, les deux systèmes travaillent de la même façon. L'avocat de droit civil part des dispositions du code pour en arriver à sa

cause; l'avocat de common law cite Halsbury's et quelques manuels pour arriver ensuite à la cause. Je crois que ces points ont été très discutés et je vais vous citer l'opinion du professeur Grant Gilmore, de Chicago, qui a dit dans un article sur la fin du contrat : "The law codified has proved to be quite as unstable, impredictable and uncertain, quite as mulishly unruly as the Common Law uncodified had ever been"*.

Je pense qu'il est important de le souligner et qu'il est vrai de dire qu'aujourd'hui, la common law et le droit civil tendent, jusqu'à un certain point, au même résultat.

Lorsque j'étais jeune, la common law et le droit civil étaient reconnus comme très différents et l'on ne pouvait penser qu'un jour ils puissent se rejoindre. Mais, aujourd'hui, ils se rejoignent; ils se rencontrent.

Le juriste de common law réfère de plus en plus à la législation. Et l'avocat civiliste réfère de plus en plus à la jurisprudence.

Le Code allemand et le Code Napoléon sont débordés par des cas de jurisprudence et l'avocat, après avoir étudié une proposition générale qui habituellement ne signifie pas grand-chose, doit recourir à la jurisprudence.

Dans les deux systèmes, les juges font la loi, quoique, dans les deux systèmes de gouvernement fondés sur la répartition des pouvoirs, ils ne sont pas censés y recourir. Mais ils n'ont pas le choix et les avocats, dans le système continental, ou même les juges, vont encore plus loin. Je fais référence au cas cité par le professeur Kleyn sur l'inflation; comment l'Allemagne et les Pays-Bas y ont fait face? Je fais référence à la demande d'une pension alimentaire présentée par la concubine, dont l'ami avec qui elle vivait depuis 20 ans a été tué à la suite d'un acte délictuel.

---

* Traduction: "Le droit codifié s'est révélé être tout aussi instable, imprévisible et incertain, tout aussi obstinément indiscipliné que l'a été la common law non codifiée."

À mon avis, la common law n'est pas supérieure au droit civil. Mais, je ne crois pas non plus que l'approche civiliste soit supérieure ou que son application soit meilleure que la common law.

En conclusion, la qualité de la justice ne dépend pas de la codification ou de la non-codification des lois, mais de la qualité des avocats et des juges.

M. Brierley :

Vos remarques sont certainement le fruit d'une longue et riche expérience de travail dans les deux systèmes.

J'invite maintenant monsieur le professeur Yadin, de l'Université de Jérusalem, qui, dans son pays, travaille, lui aussi, dans un système mixte.

M. U. Yadin :

Vous tous, ici présents, avez le privilège de vivre dans des pays différents qui possèdent depuis de nombreuses années un Code civil.

En Israël, nous ne possédons pas encore de Code civil. C'est pour cette raison qu'au début de ce colloque, je n'étais pas certain "d'être au bon endroit". Puis, je me suis rendu compte que tout le monde parlait de codification. Alors, je me suis senti plus à l'aise, parce que la codification m'intéresse beaucoup et cela, depuis trente ans.

Quel est le statut juridique en Israël? Lors de la création de l'État d'Israël en 1948, le droit prédominant alors en vigueur était le droit anglais et nous vivions donc sous l'empire de la common law.

Le droit anglais avait été admis surtout par le biais de la codification durant la période du mandat anglais, mais aussi par une bonne partie de la législation, et les règles de droit, leur contenu et leurs normes étaient plus ou moins les mêmes que celles du droit anglais.

Nous avions aussi conservé certaines règles de la législation ottomane qui était aussi un système de droit codifié, mais ces règles ne revêtaient pas l'importance de celles de common law transmises par l'administration britannique.

Lorsque nous avons entrepris l'étude approfondie de nos lois, nous avons immédiatement senti le besoin d'une réforme. Depuis, nous avons réformé notre droit civil en adoptant, étape par étape, un nombre considérable de lois, chacune traitant d'un sujet spécifique, et chaque sujet étant traité dans une forme de codification.

Nous avons traité de projets tels que la capacité juridique, les règles générales du contrat, les règles applicables à la responsabilité contractuelle, ainsi que la vente, les donations, les baux, les obligations, de même qu'un nombre considérable de règles du droit de la famille, comme l'adoption, et, en 1965, nous avons réformé le droit des successions.

Toutes ces lois font en quelque sorte partie d'une codification parce qu'elles ont été conçues, rédigées et adoptées pour être regroupées un jour dans un Code civil. Nous essayons de rassembler ce nombre considérable de lois dans un projet de code. Il se peut que nous ayions plus d'un code. Le premier code traiterait du droit des biens et des obligations; un autre traiterait du droit de la famille. Nous sommes présentement en train de les regrouper.

La codification qui, dans notre cas, a commencé par étapes et se continue globalement, vise les mêmes objectifs que ceux décrits hier d'une façon magistrale par notre ami le doyen Cornu.

Nous désirons avoir un droit autonome, un droit israëlien, au lieu du droit anglais qui est pour nous un droit étranger. Nous voulons un droit indépendant, solide, qui ne sera pas interprété par référence à un système de droit étranger. Nous voulons un droit clair et précis qui puisse être facilement compris et être un outil pratique pour les tribunaux et les avocats.

J'espère que dans un proche avenir, peut-être dans une quinzaine d'années, nous aurons notre Code civil et, si j'ai l'occasion de revenir dans votre pays,

j'espère faire partie de cette famille qui réunit tous ceux qui possèdent un Code civil.

M. J.E.C. Brierley :

Nous entendrons, maintenant, monsieur le professeur Caparros de l'Université d'Ottawa.

M. E. Caparros :

Un effort extraordinaire a été fait par l'Office de révision du Code civil pour préparer un tout cohérent. Au fond, ce nouveau Code civil dont on parle tant ne comprend qu'à peine 125 articles actuellement en vigueur. Et il y a là un problème assez grave. Si l'on continue de cette façon, on va se trouver pendant environ une quinzaine d'années assis entre deux chaises, en train de se demander si telle disposition actuellement en vigueur peut avoir ou non la portée qu'on a voulu lui donner, parce que dans tel autre domaine du Code civil du Bas-Canada, notre bon vieux et vénérable Code ne nous permet pas de l'interpréter selon notre nouveau Code. Le rôle de la doctrine pour pouvoir aboutir à une théorie générale avec le nouveau Code sera considérablement handicapé dans la période entre les deux Codes. Certes, l'on dit : "un tiens vaut mieux que deux tu l'auras" ; peut-être pourrait-on dire, mieux vaut un Code, même s'il est vieux, que deux en partie.

Enfin, une dernière remarque, le droit comparé peut toujours nous enrichir ; je pense que c'est évident. La fertilisation que le droit comparé peut apporter dans n'importe quel code est extraordinaire. Mais il y a les risques, et j'ai à l'esprit quelques dispositions du Code civil du Québec non encore en vigueur où je pense qu'on est allé plutôt de la fertilisation à l'adultération du Code, parce qu'on a planté des choses qui ne poussent pas sur son terrain. C'est comme si on allait chercher un palmier pour le planter sur les Plaines d'Abraham. C'est dommage, car on peut bien aimer les palmiers, mais malheureusement, la température ne leur permet pas de pousser sur les Plaines d'Abraham. Ces problèmes au niveau du droit comparé, au moins dans le nouveau Code civil du Québec qui a été sanctionné, on en trouve quelques éléments, quelques palmiers,... sur les Plaines d'Abraham*. On n'a pas digéré la matière première de la solution de

---

* Comme par exemple la prestation compensatoire.

common law pour la transformer en quelque chose qui serait effectivement du droit civil.

M. J.E.C. Brierley :

Je cède maintenant la parole à monsieur François Terré, professeur à la Faculté de droit de Paris.

M. François Terré :

Ce qui m'incite à prendre la parole, ce sont les interventions de notre collègue d'Ontario et de notre collègue de Jérusalem concernant les rapprochements possibles entre les deux types d'approche de la codification, celle des pays de droit et de système écrit et celle des pays de droit coutumier. Si je me suis permis de le faire, c'est pour aller dans le sens de ce qui vient d'être dit par ces deux orateurs, à la suite d'une expérience personnelle peut-être un peu insolite, mais que je vais me permettre de vous rappeler en deux mots.

Il y a quelques années, les Nouvelles-Hébrides ont accédé à l'indépendance et, par la vertu bien grande de Sa Majesté britannique et du président de la République française, j'ai été envoyé aux Nouvelles-Hébrides pour rédiger un Code civil qui réussisse à satisfaire à la fois les besoins des juristes de common law et les besoins des juristes de droit romaniste. C'était la quadrature du cercle et cela a marqué tout de même quelque chose en vue de combler une lacune qui était un peu insolite dans l'histoire des civilisations juridiques. Car, dans ce condominium des Nouvelles-Hébrides, il y avait un certain nombre de principes et de systèmes de règlements des conflits, et surtout l'on vivait un peu selon le système de la personnalité des lois. Les Mélanésiens vivaient sous leur droit coutumier : il y avait d'ailleurs quatre-vingts coutumes. Les Anglais gardaient leur droit pour eux : ils en sont fiers et ils ne veulent pas le laisser aux autres ; ils sont jaloux de leur droit; et les Français vivaient sous le leur. Il y avait l'officier de l'armée des Indes, d'un côté, et le gendarme français, de l'autre, qui vivaient tous deux dans cet état d'indivision comme on peut appeler un condominium.

Mais il y avait quand même des relations juridiques difficiles qui naissaient entre les uns et les autres et il fallait les trancher. C'était un tribunal arbitral, qui avait été institué à la fin du XIX^{e} siècle et qui était composé de trois personnes : un représentant

de Sa Majesté, la reine d'Angleterre à l'époque, un représentant du président de la République française et finalement un représentant du roi d'Espagne. C'était le roi d'Espagne qui réussissait en quelque sorte à forger ce droit mixte franco-anglais jusqu'au jour où le franquisme, ou plutôt l'abolition de la royauté et surtout le franquisme, rendit impossible la présence du roi d'Espagne ou de son représentant. Il fallut décidément, pour les relations interpersonnelles, utiliser obligatoirement le français et l'anglais pour pouvoir bâtir leur propre droit.

C'est ce droit qu'il fallut, lors de l'indépendance des Nouvelles-Hébrides, essayer de rédiger en un Code civil et je me suis aperçu à cette époque, - et c'est la seule indication que je voulais me permettre - que finalement l'idée même de codification était devenue beaucoup plus familière que l'on ne pensait aux juristes imprégnés de la culture de common law. Il fallait aussi tout simplement que les juristes de langue française fassent des efforts et consacrent quelques articles, quelques chapitres au trust et je me suis aperçu qu'en prenant sa plume, qu'en se mettant à écrire sur le trust, on peut parfaitement introduire tous les mécanismes du trust dans un code de type français.

Ce sera sans doute un code mort-né, mais ce que je voulais dire c'est que, en quelque sorte, on pouvait concevoir que le renvoi à la coutume puisse être intégré dans ce code. Ce Code disposait, dans une des dispositions préliminaires tout à fait éblouissantes dont je vous recommande la lecture, que le droit applicable c'était la coutume et qu'à défaut de coutume connue, on appliquerait un certain nombre de règles qui figuraient dans ce code. Comme toutes les coutumes étaient contradictoires et que la coutume c'était uniquement ce que disait le chef coutumier du moment, c'était un espoir qu'on pouvait estimer non chimérique. Mais c'est simplement pour rejoindre en quelque sorte et, ce sera là ma conclusion, cette idée qu'effectivement le rapprochement qu'indiquait notre collègue d'Ontario me paraît, dans certaines circonstances, d'un autre monde et d'un monde du Pacifique Sud, parfaitement cohérent et confirmé par les faits.

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par Monsieur **Jean Pineau**
professeur à la Faculté de droit de
l'Université de Montréal

CODIFICATION : LANGAGE ET INTERPRÉTATION

Conférenciers : Monsieur **Michel Sparer**, Québec
Monsieur **Rodolfo Sacco**, Turin
Monsieur **Jean-Noël Mazen**, Dijon

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par

monsieur Jean Pineau, professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

CODIFICATION : LANGAGE ET INTERPRÉTATION

M. Jean Pineau :

Du thème qui doit être maintenant traité, nous retenons essentiellement du précédent débat qu'une codification moderne est une oeuvre, non point de compilation, mais de regroupement et de synthèse qui implique l'élaboration de règles qui revêtent un caractère conceptuel et une relative permanence et qui ont une vocation générale. C'est, tout au moins, le fait des codes de type français qui n'ont aucune ambition dogmatique, alors que la codification de type germanique s'éloigne de cette conception, notamment, en ce qu'elle se veut oeuvre scientifique et présente, en conséquence, une théorie juridique qui en fait un code savant, pour ne pas dire doctrinal.

Quoi qu'il en soit, dans l'un et l'autre cas, le législateur conçoit un corps de lois qui se veut cohérent; il élabore une politique, il décide, il affirme, mais il doit aussi exprimer tout cela en forme juridique et c'est là l'aspect littéraire de son oeuvre, aspect d'autant plus délicat que le texte ne doit pas demeurer abscons.

Le législateur doit communiquer sa pensée. Il la communique au moyen de ce véhicule qu'est le langage, langage qui ne manquera pas de poser un problème de compréhension. À qui s'adresse le code? À qui s'adresse le législateur? S'adresse-t-il aux initiés, s'adresse-t-il aux non-initiés? Utilisera-t-il le langage du savant ou le langage du peuple? Ce problème semble d'ailleurs plus aigu dans les pays dont le code est de type germanique que dans les pays dont le code est de type français.

De toute façon, semble-t-il, on peut s'entendre sur la nécessité d'un vocabulaire spécialisé. Car il est difficile d'y échapper. Et vocabulaire spécialisé ne

signifie pas seulement termes particuliers, cela signifie également catégorie juridique, de sorte que le langage du code est doublement codé. Certes, il est souhaitable que le législateur soit compris de tous, mais, est inévitable l'usage d'un langage de précision, et je cite le doyen Cornu, "langage de précision dont la technicité est source de clarté, facteur de sécurité, garantie de liberté".

Quoi qu'il en soit, idéalement, le codificateur, le législateur doit être simple, clair, précis, concis, compréhensif. Il doit donc s'exprimer de façon claire, simple, précise, concise, compréhensive. Il est, d'ailleurs, aisé d'être clair puisque ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement ; c'est simple, c'est clair. Il est aussi précieux d'être concis. Les paroles de la loi, nous dit Jeremy Bentham, doivent se peser comme des diamants. C'est ici qu'interviennent les qualités littéraires du codificateur et du législateur. Je dis bien codificateur et législateur car malheureusement, le législateur, de plus en plus pressé, s'exprime généralement avec moins d'élégance que le codificateur, et pourtant le premier éprouve souvent le besoin de corriger le second.

S'il était vrai que l'excellence d'une loi comme l'excellence d'un auteur dût se reconnaître à l'allure de son style, de plus en plus nombreux seraient les exemples de mauvaises lois. Le législateur moderne lit-il encore Stendhal? Peut-être pas assez. C'est pourquoi il importe d'être encore plus vigilant lorsque le législateur s'exprime dans un code, j'allais dire dans un livre. Mais est-il possible d'être simple, si le droit est de plus en plus complexe, comme on nous l'a dit tout à l'heure? Est-il possible d'être clair si la pensée juridique est si complexe qu'elle en devient confuse? Est-il possible d'être précis sans tomber dans la réglementation fastidieuse? Est-il possible enfin d'être compris des non-initiés lorsque les initiés s'y perdent eux-mêmes? Gardons-nous d'ailleurs d'un législateur trop simple et trop clair : s'il est trop simple, ne risque-t-il pas de ne rien régler, les situations litigieuses étant toujours, ou du moins, souvent compliquées, et s'il est trop clair, y a-t-il place encore à l'interprétation?

Mais nous sommes rassurés lorsque nous nous entendons dire qu'un texte n'est clair que tant qu'il n'est pas discuté. S'il est vrai que le droit suscite le juriste, il est également vrai que le juriste suscite le droit ; alors intervient l'interprète. Qui est l'interprète? Nous dirons toute personne qui lit le Code et cherche à en saisir le sens. Mais pourquoi ne

suivrions-nous pas le chemin tracé par M. Batiffol et pourquoi ne dirions-nous pas "c'est tout individu qui rêve qu'il est juge et qui se dit : Comment interprêterai-je?"

> "Interpréter, nous dit Portalis, c'est tenter de saisir le vrai sens de la loi, l'appliquer avec discernement et la suppléer dans les cas qu'elle n'a pas réglés. Lorsque l'obscurité du texte ou son ambiguïté n'a pas été voulue par le législateur, comment en saisir le vrai sens? Doit-on alors scruter l'intention de ce mauvais parolier?"

Certes le législateur et l'interprète doivent parler le même langage. Mais s'il est vrai que le législateur, se méfiant de l'interprète, a tenu compte, en formulant la règle, de l'interprétation prévisible, alors ne risque-t-on pas de s'aventurer dans une recherche sans fin? Lorsque l'obscurité du texte ou son ambiguïté a été voulue par le législateur, toute latitude ou une relative latitude est alors laissée au juge. Mais nous n'empiéterons pas sur le thème qui sera développé demain : "le rôle du juge".

Enfin, on peut se demander si la multiplicité des langues est un facteur de clarté ou un facteur de brume. En Suisse, où le texte législatif est rédigé en deux langues, puis traduit en une troisième, on nous dit que le trilinguisme est bénéfique. Ici, où deux langues suffisent à notre bonheur, monsieur Sparer, en d'autres occasions, s'est demandé si, ce qu'il a appelé la stéréophonie législative n'était pas un facteur de haute infidélité. Alors, il peut donc y avoir également sur ce point discordance, ici et ailleurs.

Voilà, mesdames et messieurs, quelques questions parmi d'autres, - auxquelles je me garderai bien de répondre, - sur ce thème "Codification, langage et interprétation". Nous entendrons d'abord monsieur Michel Sparer, juriste au Conseil de la langue française, à qui je cède immédiatement la parole.

M. M. Sparer :

LE CODE CIVIL : UNE VITRINE POUR NOS VALEURS

INTRODUCTION

La rédaction des lois est un genre littéraire mais aussi une stratégie. Il faut convaincre le lecteur, qu'il soit justiciable, magistrat ou fonctionnaire. Pour cela, au delà de la contrainte juridique, il faut rejoindre chacun dans son langage et dans ses valeurs.

Cela est vite dit. Peut-on rejoindre tous et chacun dans ses valeurs et dans son langage? C'est incertain. Tout au moins peut-on faciliter l'accès de chacun à la connaissance des règles qu'il doit observer. De belles phrases et des mots appropriés ne sauraient suffire, on s'en doute, à guider le justiciable ni même le juriste parmi plusieurs dizaines de milliers de pages de textes ayant valeur de loi. Un tel labyrinthe, même bien écrit, restera un labyrinthe. Il faut qu'à la conception même de chaque règle le législateur ait conscience du fait que cette règle ne constitue que l'élément minuscule d'un ensemble organisé. Il faut, également, que le rédacteur cesse de penser que le droit de son pays commence à l'article premier de la loi qu'il rédige.

Une vision d'ensemble de la législation existante, une vision claire de la législation envisagée, une conscience éclairée des valeurs en cause et du langage à utiliser : voilà les préalables à un acte législatif utile. On ne peut avoir une vision d'ensemble de la législation existante que si celle-ci est convenablement structurée. Les valeurs en cause sont affaire de culture, tant juridique que générale. Un langage approprié dépendra des talents littéraires du législateur, mais aussi de sa connaissance du droit pris en tant que système et de sa capacité à refléter dans son langage un ensemble de valeurs sensiblement hiérarchisées.

Système, valeurs et expression seront donc les trois axes de ce propos sur le langage du code. Le code étant, plus, un phénomène d'organisation de la pensée qu'un phénomène de définition de concepts, nous laisserons de côté les aspects terminologiques pour nous intéresser aux relations du langage et des effets de structure.

I LE CODE : UNE STRUCTURE SIGNIFIANTE

Un code, est-il besoin de le rappeler, est un ensemble organisé de règles ayant force de loi. Le code est également un lieu spécial de découpage et de réassemblage de la réalité, d'une part par sa structure générale, d'autre part par sa terminologie (le terme représentant un "morceau" de la réalité), et, enfin, par l'approche intellectuelle adoptée. C'est à la struture que nous nous attacherons en premier lieu.

Le sens des règles que porte un code est accessible par les concepts évoqués (biens, présomption, famille, personne, dommages, etc.), mais aussi par la structure adoptée. La structure du code éclaire et informe le jeu des concepts. Les concepts, à leur tour, éclairent la structure, car ils sont l'accès premier au sens du message. L'idéal serait donc de formuler clairement les concepts dans un ordre signifiant.

Associée aux concepts dans le processus de signification, la structure peut être considérée comme un phénomène de langage. L'intérêt de faire apparaître les orientations d'un texte, dès sa structure, est multiple.

Tout d'abord, un droit codifié, construit selon un schéma logique et apparent, permet de repérer et rectifier plus facilement les erreurs de détails. En effet, au sein d'un texte structuré, la déficience d'une règle apparaît facilement puisqu'elle déroge à la symétrie ou à la logique des principes. Parallèlement, l'existence d'un réseau organisé de principes de part et d'autre de la règle défaillante permet de reconstituer le maillon manquant. Par contre, dans un droit à la pièce comme celui que nous connaissons, où les lois semblent parfois conçues comme si rien n'existait autour, il est fréquent de constater qu'une disposition mal conçue ou inadéquate ne pourra être redressée que par une modification formelle de la législation concernée. C'est sans doute pour cela, qu'en 1873, le professeur Austin à Londres, dans un article intitulé "Codification, Qualification and Law Reform", disait craindre que dans le cas d'une législation à la pièce les erreurs du législateur sont irrémédiables. Il n'est pas trop tard pour insister, avec d'autres, sur cet avertissement salutaire.

Autrement dit, avec sa structure de réseau de notions organisées, un code offre de nombreuses poignées à

l'interprète. Ce dernier, abordant le texte comme un tout, est mieux outillé pour apprécier la portée de la règle qu'on lui soumet et dont le sens commence à apparaître dès qu'on en connaît l'emplacement dans la chaîne des idées du texte. Sans vouloir abuser des analogies, on peut imaginer que le rôle et l'importance d'un petit nerf sera facile à déterminer si on sait au préalable que ce nerf fait partie d'un système dans lequel, de raccordement en raccordement, on peut, selon le cas, rejoindre une terminaison nerveuse ou remonter au cerveau, centre du système. L'innervation, pour reprendre notre comparaison, se fait selon une certaine structure. Pour un code, cette structure sera logique et se révélera par le caractère utilitaire rationnel et hiérarchique des chaînes d'idées.

Le deuxième intérêt d'une structuration du propos est de faciliter la lecture et la compréhension. En effet, les phénomènes du langage juridique ne se limitent pas à la rédaction mais concernent également les fonctions de lecture et de compréhension. Deux points à examiner successivement.

La lecture d'un code est le plus souvent parcellaire. Le lecteur va chercher un renseignement sans, à chaque fois, lire l'ensemble des textes. De ce fait, il doit, pour "lire le texte", procéder à une opération de repérage. Il doit trouver ce dont il a besoin. Sur ce plan, un texte organisé tel le Code civil permet un repérage relativement facile grâce à son découpage en thèmes, sous-thèmes et sous-sous-thèmes, le plus souvent présentés dans un ordre logique de généralité décroissante. Il suffit, pour le lecteur à la recherche d'une disposition, de quelques instants de réflexion pour pressentir à quel thème ressortit la règle qu'il cherche. Après avoir trouvé le thème, il lui suffit de quelques instants et de l'aide combinée du sommaire et de l'index pour trouver ce qu'il cherche.

Cette technique de repérage nécessite, d'une part, qu'on ait effectivement découpé la matière en thèmes et sous-thèmes rangés par ordre décroissant de généralité et, d'autre part, que le lecteur, averti de ce découpage, ait la capacité d'apparenter le concept qui le préoccupe à l'un des thèmes développés dans le Code. Ainsi, on peut deviner qu'une structure appropriée donnera au texte une meilleure lisibilité brute. Il s'agit là bien sûr d'une conception très large de la notion de lecture, notion que nul ne songerait à dissocier du concept de langage. Est-il besoin d'ajouter qu'un texte bien organisé, dont les idées se suivent avec logique, est plus facile à lire?

Encore faut-il s'entendre et constater que le concept de suite logique n'a rien d'absolu puisque la logique qui préside à la suite des idées est différente selon la communauté culturelle dont on est issu.

L'un des repères dont on dispose pour déterminer une certaine logique dans la suite des énoncés est d'essayer de deviner, après la rédaction de chaque énoncé, la question qui doit surgir avec le plus de probabilité dans l'esprit du lecteur. L'objet de l'énoncé suivant est alors tout naturellement de répondre à cette question. Mais, là encore, on peut se demander si l'attente du lecteur n'est pas déterminée par l'habitude qu'il a de lire des textes structurés de telle ou telle manière. C'est le problème de l'oeuf et de la poule ; la question admet peut-être plus d'une réponse. Tout au plus est-il intéressant de noter rapidement que l'on peut susciter ou guider les interrogations du lecteur en annonçant de manière lapidaire le contenu de chacune des grandes parties du texte. Repérage, lecture, suite logique : toutes ces préoccupations n'ont, bien sûr, qu'une cible : la compréhension, par le lecteur, du texte porté à sa connaissance.

Après avoir évoqué le phénomène de lecture et lorsqu'on aborde la phase du phénomène de compréhension, on se trouve plus près de la notion courante de langage sans pour autant s'être définitivement éloigné de ce qui concerne la structure. Il est à remarquer que la méthode et la pensée qui ont présidé à l'élaboration du Code civil ont entraîné un type d'expression particulier marqué par la concision, la sobriété et une certaine homogénéité de présentation et de vocabulaire. La méthode d'élaboration du Code civil est caractérisée par le recours à une pensée hiérarchisée et à un jeu structuré de principes généraux. De ce fait, on trouvera dans le Code civil non pas des règles particulières orientées vers la définition de chaque cas d'application mais un ensemble de principes généraux, c'est-à-dire féconds en conséquences.

Dans nos lois ordinaires, il n'est pas toujours facile de connaître ou de se rappeler à quel problème particulier telle ou telle règle voulait apporter une solution souvent inspirée par une jurisprudence non moins particulière. C'est, on l'aura deviné, l'un des inconvénients du droit législatif ordinaire. Par contre, il y a beaucoup moins de difficultés à comprendre à quel problème tente de remédier un principe général, surtout si ce dernier est entouré d'autres principes avec lesquels il forme un ensemble conceptuel logique. Un des avantages

ultimes de cette formule est de permettre un syle concis, qui rend l'idée de base plus accessible au lecteur. Certains citent, non sans raison, le cas des articles concernant la responsabilité civile pour indiquer que la concision peut engendrer plusieurs milliers de pages de jurisprudence et de doctrine, anéantissant ainsi l'objet de concision. Peut-on tirer de cet exemple troublant une condamnation sans appel de la concision législative?

Notre propos n'étant pas de faire de démonstration particulière ni un tableau exhaustif des aspects langagiers de la codification, on pourra sans doute se demander si nous n'avons pas essayé de faire croire qu'un texte structuré logiquement est un texte parfait. Cette exigence d'organisation n'est, bien sûr, pas le seul facteur de limpidité des énoncés législatifs mais elle est au moins nécessaire. Par contre, pour pouvoir se dispenser de faire apparaître, dès la structure, les principes directeurs concernés, il faudrait que le lecteur ait déjà acquis une connaissance suffisante de ces principes, à l'université ou ailleurs. Il faudrait, selon cette logique, que l'étudiant en droit soit guidé vers une perception globale du système juridique, de la philosophie et de la sociologie du droit avant d'aborder l'étude détaillée de ce système.

L'université oriente-t-elle suffisamment son enseignement vers une priorité à l'acquisition des principes directeurs de la pensée juridique? Nous n'innovons sans doute pas en évoquant l'insuffisance ou l'absence d'une présentation préalable du système en tant que système de pensée et d'organisation sociale. Cela nous amène à une deuxième réflexion qui concerne les conditions et contraintes de la codification.

II CONDITIONS ET CONTRAINTES DE LA CODIFICATION ET LEURS CONSÉQUENCES SUR LA QUALITÉ

Nous envisagerons rapidement quelles pourraient être les aptitudes souhaitables du codificateur, le problème épineux des délais de confection ou de réforme d'un code et, enfin, la question des méthodes de mise en place du droit codifié.

A Aptitudes souhaitables du codificateur

Si un texte législatif, un code par exemple, ne révèle pas la structure de la pensée qui le sous-tend,

il est nécessaire, comme on l'a vu, que chaque lecteur pallie cette carence en se renseignant d'une manière ou d'une autre sur les grands axes de la pensée du législateur. Nous pensons, bien sûr, qu'il serait plus raisonnable de demander au rédacteur de prendre tous les moyens, dès l'organisation du texte, pour livrer les principes généraux de sa pensée plutôt que de présumer que ces principes généraux sont déjà acquis par chaque lecteur. Cela entraîne certaines exigences.

Par exemple, ceux qui sont appelés à codifier ne devraient-ils pas avoir une certaine maîtrise du système juridique en tant que tel? Cette qualité est d'ailleurs l'attribut du juriste consommé. Autrement dit, celui qui codifie peut-il se contenter de connaître le droit par le détail? Certains juristes, techniciens du droit, ne semblent pas enclins à passer de la règle de détail aux principes généraux et se refusent ainsi à une perception globale du système juridique. Cela entraîne pour eux l'impossibilité d'apprécier toute la portée des règles particulières qu'ils énoncent.

En plus d'avoir une bonne connaissance des principes fondamentaux du système, le juriste en contact avec le phénomène de la codification a tout avantage à connaître la portée des termes principaux du droit : ce que le professeur Aurel David appelle les "termes premiers du droit"(1). Il doit également pouvoir apprécier les interactions des principes et des concepts en cause.

Tout porte à croire qu'une société dont le droit n'est pas codifié ou dont les juristes n'ont pas une perception assez générale du système est condamnée à des réformes parcellaires et non coordonnées de son droit. Pour apporter des changements en fonction de la structure de ce système, il ne suffit pas d'avoir connaissance de l'existence de la structure : il faudra en connaître la charpente, les axes et l'importance. Sinon, le juriste ne sera-t-il pas tel cet ouvrier qui refuse de déplacer une quelconque brique de la maison, ne sachant pas quels murs sont porteurs et quels autres ne le sont pas? Cette insécurité des techniciens ne peut qu'accroître à l'excès les tendances naturelles du monde juridique au conservatisme.

---

1. Voir DAVID, Aurel, Le Bon partage des biens. Éditions de l'Université d'Ottawa, 224 p., Ottawa, 1980.

Le juriste qui connaît le droit en tant que système, qui en connaît les principes directeurs et la portée des termes premiers, qui sait construire sur la base de principes en interaction, ce juriste achevé aura donné à la méthode de codification son plein sens. Ces qualités permettent aux juristes préparant ou réformant un code, de faire de ce code un langage en soi. Encore faudrait-il ne pas pousser jusqu'à l'absurde la mise en oeuvre de ces qualités. Il faut éviter, par exemple, qu'une trop grande tendance vers la concision ne conduise à l'ellipse et qu'un déséquilibre ne survienne entre la tendance souhaitable à la qualification des réalités juridiques et la nécessité parfois irréductible d'une description de ces réalités.

B Incidence des délais de confection du code sur la qualité du texte

Encore une fois, et pour quelques instants, plaçons-nous dans la perspective globale de la communication du message par le texte du code. Il est à constater que, quelle que soit la conception qu'on se fait du code (code-constat ou code-réforme), le temps de fabrication du texte affectera son actualité, son intérêt, son utilité. Si l'on tient compte du délai de mise en route et de réalisation du projet d'élaboration ou de réforme, si l'on tient compte encore de la complexité évidente d'insertion du droit nouveau, comment ne pas craindre que les valeurs et méthodes qui ont inspiré et guidé la réforme ne correspondent plus tout à fait, au bout du chemin, à la réalité sociale au moment de la mise en vigueur. Sans vouloir abuser des chiffres, un rapide calcul du temps écoulé entre le moment où les codificateurs ont formé leurs propres valeurs et la mise en vigueur du droit nouveau permettrait d'arriver à des données surprenantes et à la crainte d'un décalage de plusieurs décennies ou générations.

Plus encore que dans la terminologie, c'est sans doute dans sa formulation (sens large), dans la manière d'aborder, de présenter la règle que le message pourrait souffrir des délais évoqués. Toutefois, doit-on préserver à tout prix l'apparente actualité du propos? Si tant est que toute évolution des moeurs et de la pensée serait linéaire, inexorable et irréversible - rien n'est moins sûr, ainsi que le montrent les tendances observées depuis bientôt 15 ans - si tant est que toute évolution sociale doit se refléter rapidement dans l'état de notre droit, faut-il renoncer à une maturation lente des idées? Faut-il se départir de cette inertie parfois salutaire qui

fait, qu'au prix de quelques critiques, le système juridique ou même social conserve son intégrité et laisse des tendances aussi impétueuses qu'éphémères s'abîmer à l'horizon.

Est-il raisonnable de vouloir suivre et cautionner un mouvement qui sacrifie à une notion presque mythique du "progrès"? Ce "progrès" qui amène sans cesse techniques, idées et moeurs et leur lot de mots et de modes?

Le Droit n'est-il pas, par essence ou par destination, un facteur de stabilité? Anticiper le "progrès" pour gagner en actualité entraîne peut-être le risque d'accélérer n'importe quelle évolution. Pour parler langage, la déshérence dans laquelle est tombé le "joual" au Québec justifierait, s'il en était besoin, les rédacteurs de l'Office de révision du Code civil de n'avoir pas sacrifié à cette mode fugace.

Qu'on se rassure, la réforme du Code civil au Québec a, semble-t-il, évité une bonne partie de ces inconvénients grâce aux capacités de transposition et même d'anticipation qu'ont démontrées les agents de la révision. Ils ont ainsi su éviter que le temps qui passe ne fasse du message du code réformé un message dépassé lors même de sa livraison. Encore faudra-t-il que la mise en place de la réforme ne compromette pas, par ses délais et ses méthodes, l'actualité et l'homogénéité du langage du code.

C Mise en place de la réforme

Deux aspects sont à considérer : l'aspect des délais et l'aspect du langage, et notamment du vocabulaire.

S'agissant des délais, les lignes qui précèdent évoquent la crainte d'une perte d'actualité du message que livre le code. En effet, l'opérationnalisation en quinze ans d'une réforme dont la gestation a également pris quinze ans ne pourrait qu'aboutir à des inconvénients : deux nous viennent à l'esprit. Le produit fini risquerait de ne plus être qu'une photo-souvenir sans intérêt. Le deuxième inconvénient possible serait qu'à force de courir après l'actualité, le législateur apporte tellement d'adaptations aux textes proposés qu'il aura tôt fait de réaliser lui-même une réforme de la réforme.

S'agissant du langage cette fois, deux situations sont à considérer. En premier lieu, on procède à une insertion globale du texte de la réforme proposée dans le droit positif et, étant donné la masse imposante du texte nouveau, il est relativement facile de sauvegarder la qualité et l'homogénéité du vocabulaire du code nouveau. Par contre, si on procède à l'insertion du texte tranche par tranche, quelle ne serait pas la tentation de subordonner les aspects méthodologiques et notamment lexicaux du texte proposé à la dynamique et aux contraintes du droit positif ordinaire. Entre l'intérêt de sauvegarder l'homogénéité d'expression du code nouveau et la nécessité apparente d'adapter la tranche à insérer à l'ensemble du droit positif ordinaire, que choisira-t-on? Cela mérite réflexion.

Enfin, si on accepte l'idée selon laquelle la structure d'un texte a une certaine signification, l'insertion du code nouveau, tranche par tranche, au fil de nombreuses années, n'introduit-elle pas une assez longue période de flottement durant laquelle l'interprète sera privé de la perspective d'ensemble qu'offre un code complet en vigueur? Ne risque-t-il pas de voir dans ce code, ainsi débité, être peu à peu perçu comme un "Statute"

III LES MOTS ET PHRASES DU CODE

Il est intéressant de rappeler une idée que le professeur Cornu a exprimée à quelques occasions. "Le législateur est l'auteur d'oeuvres permanentes dont il ne connaît pas les lecteurs", disait-il en substance(2). "Locuteur sans interlocuteur"(3)! poursuivait-il. Plusieurs ont cru pouvoir déduire de cette idée que la loi n'avait pas de lecteurs et que le législateur, s'adressant à tous, n'était tenu de se faire comprendre par personne en particulier. Cela est une conclusion dangereuse. Il nous semble que le conférencier voulait alors simplement souligner la solitude du rédacteur. On peut concevoir aisément que le rédacteur, s'adressant à un lecteur

---

2. "Le langage du législateur", Conférence prononcée en 1977 à l'Université de Neuchâtel, Annales 1977-1978, Suisse.

3. III^{e} colloque international, sur la rédaction des lois, conférence inaugurale de Gérard Cornu. Conseil de la langue française, Québec.

indéterminé, puisse avoir de la difficulté à choisir un mode, un niveau et un style d'expression.

Cela dit, évoquons rapidement quelques points qui concernent le langage du code pris, rappelons-le, en tant qu'ensemble organisé.

Tout d'abord, la cohérence dans la conception de la règle ne doit-elle pas s'accompagner d'une cohérence dans la rédaction et dans les choix terminologiques? Il nous semble que la cohérence dans l'agencement facilite la cohérence de l'expression jusqu'en ses moindres aspects. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille aller jusqu'à un langage codifié ou même jusqu'à un langage codé. En effet, il convient de ne pas tomber dans les automatismes parfois inconfortables des lois d'interprétation. Par ailleurs, une structure solide attire l'attention, et on peut dire que des variations linguistiques sont d'autant plus repérables que l'agencement des concepts sera clair, évocateur du système et illustré par une terminologie et un style homogènes. Une dérogation à l'homogénéité du style et de la terminologie pourrait donc être d'une certaine signification. Reste à savoir jusqu'où on peut aller en ce sens sans compromettre l'ensemble de la structure.

Dans un autre ordre d'idées, le code serait-il un moyen de présenter un schéma clair d'organisation sociale? Cela pose le problème du niveau de présentation du code. L'état du Droit permet-il d'atteindre un certain degré de généralité et de concision sans renvoyer le lecteur à une masse importante de supposé connu? Y a-t-il un lien indéfectible entre la généralité et l'abstraction, entre la généralité et le sous-entendu? Si on renverse en quelque sorte cette question, on peut se demander s'il est nécessaire d'être abstrait pour rester général. Des expériences pratiques nous font penser, que tel n'est pas le cas.

Revenant un instant au plan de la livraison du message, force nous est de constater que le code est, par l'étendue, le nombre et le caractère fondamental des règles qu'il porte, le reflet d'ensemble d'un ordre culturel. Nous avons vu que le code, qui est un langage en soi, pouvait ou devait être le reflet d'un consensus culturel ou social. Prenant le problème d'une autre façon, nous pourrions dire qu'à ce système de règles fondé sur un système de valeurs doit correspondre un système

linguistique crédible. En effet, si on veut que le système de règles et de valeurs qu'on propose soit accepté, il faut en soigner l'accès premier qui est le langage. Une fois de plus, le langage doit rejoindre les gens.

Le code, comme on l'a vu, n'est pas seulement l'instrument du juriste mais traduit les choix d'une société. Cela nous amène à nous interroger sur l'identité de cet auteur et de ce rédacteur. Malgré les efforts remarquables de simplification de l'expression, le code ne risque-t-il pas d'apparaître comme un système conçu par une certaine élite, à sa mesure, et accessible à la compréhension de cette seule élite? Cela est principalement un problème de contenu. Toutefois, nous craignons que le choix qui consistait à bien écrire, à écrire clairement, ne suffise plus à la fin du XX^{e} siècle à faire admettre un système et encore moins à en faire le livre de voyage des usagers du métro. En 1974, des travailleurs sociaux qui auraient voulu que le Code fût rédigé dans leur langue de travail ont fait des pressions en ce sens auprès du codificateur. Le but de ces personnes était de mettre l'instrument juridique à la portée de ses utilisateurs quotidiens en empruntant le langage du "terrain". La demande de ces gens était alors apparue irréaliste du fait de ses conséquences importantes sur l'allure du texte et sur sa tenue à long terme.

Pensons-y : la capacité de contrainte de la loi permet-elle qu'on perde le contact avec les réalités culturelles et langagières de ceux qu'elle vise?

Certes, le langage de la rue n'est pas un langage souhaitable pour la loi. Pourtant, le législateur ne peut se dispenser de présenter et de faire comprendre son droit. Il ne peut rester dans sa tour rendant des oracles dans une langue que, paradoxalement, les justiciables visés ne pourraient comprendre. Nous craignons que ce ne soit plus seulement une naïve question de langage. Le mot, suite de lettres, ne compte pas sans égard au concept qu'il présente. Or, ce mot n'a d'utilité que dans la mesure où le locuteur et le récepteur conviennent de lui donner le même sens. Où en est cette convention en cette fin du XX^{e} siècle? Si d'une génération, d'une classe à l'autre, les mots diffèrent, n'y a-t-il pas lieu de soupçonner que les concepts ont déjà différé? Ceux qui ne partagent plus les mêmes mots partagent-ils encore les mêmes découpages de la réalité? C'est la question que nous nous posons.

Quoi qu'il en soit, le législateur ne peut accepter un divorce avec les justiciables ni avec une partie d'entre eux. Étant détenteur de la légitimité, le législateur doit garantir l'ordre ; encore faut-il qu'il le décrive et qu'il ne se trompe pas de siècle.

CONCLUSION

Reconnaissons-le, de même que la loi ne s'adresse pas à un individu, elle ne livre pas non plus les valeurs ni le langage d'un seul individu. Par abstraction, ces valeurs et ce langage sont ceux de la société et doivent être stables pour être prévisibles et connus ; ce qui empêche qu'ils épousent toujours les convictions de chaque individu et les modes. Par ailleurs, les problèmes d'expression d'un code ou d'une loi résultent peut-être, pour caricaturer, d'un double problème de traduction. Des valeurs sont d'abord traduites en règles juridiques et ces règles sont ensuite traduites en mots et phrases. Ceux qui connaissent les réalités de la traduction nous suivront peut-être dans cette analogie pour penser qu'après deux traductions le lien entre les valeurs et les mots est moins sûr. Ne faut-il pas resserrer ces liens et cesser de solliciter les mots? Qu'on cesse de voir dans les règles formelles le rempart suffisant d'une éthique abstraite et par là même largement insaisissable? Ainsi, nous rapprocherions-nous peut-être d'un état où, au-delà d'une justice minimale, la loi perdrait de sa violence en révélant simplement son rattachement aux valeurs communes?

M. Jean Pineau :

Nous allons entendre monsieur Rodolfo Sacco, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Turin.

M. R. Sacco :

1. Le législateur! Admirons-le dans sa toute-puissance.

On a dit de lui qu'un seul mot lui suffit pour mettre une bibliothèque de droit au pilon. Il peut choisir entre une solution bourgeoise et une solution socialiste. En Afrique, il choisit, entre des moeurs ancestrales, la charia, et le modèle européen. Au Soudan, il substitue le Code civil à la common law, et plus tard remet la common law en vigueur. Moins récemment, en

Turquie, il a substitué un modèle suisse à un modèle français. Rien ne lui est impossible.

Mais sa puissance connaît quand même des limites, mal étudiées jusqu'ici. Les limites ne portent pas sur les solutions, car aucune solution ne lui est interdite ; les limites portent sur les procédés qu'il doit adopter pour obtenir le respect de sa volonté.

Pour imposer sa volonté, le législateur doit la déclarer, lui donner une expression ; il choisira donc un langage, des paroles, des formules qu'il considère comme les plus appropriés. Et dès que ces paroles et ces formules sont devenues loi, le devant de la scène n'est plus occupé par le législateur même, mais par un deuxième personnage, qui est son collaborateur indispensable, mais qui est en même temps, dans un certain sens, son antagoniste : l'interprète.

Le législateur peut tout régler, et tout prévoir, sauf la relation parole-interprète. Que sera la réaction de l'interprète, mis en face des locutions, des silences, de l'architecture du discours du législateur?

Le législateur peut désirer que l'interprète adopte, en face de la parole de la loi, telle ou telle attitude. Mais sa volonté ne peut suffire pour transformer son désir en règle valable et efficace en face de l'interprète.

Les données que vise le vocabulaire du législateur ne sont pas, en général, des choses réelles, ayant une existence naturelle et partant, une identité bien établie par avance. Le législateur consacre ses formules à des créations de l'esprit, à des éléments qui n'appartiennent pas au monde naturel : droit réel, transfert d'un droit, inexécution, faute, font partie d'un système conceptuel qui n'existerait point si le droit même n'existait pas. L'interprète voudra-t-il comprendre ces mots dans le sens que souhaite le législateur?

Le législateur peut essayer de lier les mains à son interprète en lui imposant deux sortes de directives : les règles sur l'interprétation et les définitions légales. Les exemples historiques de ces procédés nous prouvent que l'indépendance de l'interprète prend sa revanche au moment d'interpréter les mots dont se

composent les définitions légales ou les règles sur l'interprétation.

Le législateur ne peut dominer l'interprétation; celle-ci se fait sans lui. S'il en est capable, il peut, tout au plus, prévoir à quelles interprétations telle ou telle locution, telle ou telle systématisation va ouvrir la porte. Le législateur, s'il veut faire partager ses choix à l'interprète, doit parler la langue de l'interprète, c'est-à-dire qu'il doit connaître (connaître à l'avance, donc prévoir) la langue de l'interprète.

La tâche du législateur est simplifiée, naturellement, en raison de la ressemblance existant entre le langage du législateur et celui de l'interprète. L'un et l'autre appartiennent au même milieu. Si la langue qu'ils parlent admet l'interprète à donner à tel ou tel mot une série de significations alternatives, le milieu qui entoure l'interprète, l'éducation qu'il a reçue, lui imposent d'attribuer à la parole l'unique signification qu'il connaît, à savoir celle qui est souhaitée par le législateur.

Le législateur, à Genève, peut parler de possession pour indiquer en même temps la possession animo domini et la simple détention. Il n'a pas peur que son interprète se trompe. Celui-ci a appris, dans ses études universitaires, la théorie due à Jhering, très sensible à la notion germanisante du gewere, et il ne s'en écarte pas au moment où il doit interpréter le Code civil suisse.

La nullité n'a pas la même étendue à Montréal et à Lausanne, où, si elle n'est pas absolue, elle va s'appeler autrement. Mais les deux législateurs - le Québécois et le Suisse - n'ont pas pour cela un problème majeur. L'interprète québécois appartient à un milieu qui s'inspire du système traditionnel en France et trouve sans difficulté la clef pour comprendre son code, là où l'interprète suisse a introduit depuis longtemps, dans son bagage culturel, la théorie de la nullité qu'ont élaborée les grands pandectistes allemands du XIX^{e} siècle.

2. Au moment de libeller ses lois, le législateur peut choisir entre différentes langues. Il peut préférer la langue des savants. Il peut s'accommoder de la langue technique qu'utilisent les hommes d'affaires et les praticiens. Il peut avoir recours à celle de l'homme de la rue.

La langue des savants et la langue des hommes d'affaires comportent plus ou moins les mêmes avantages et les mêmes défauts. Ils sont clairement fixés et établis. Le législateur, omniscient, les connaît ; il peut donc se faire comprendre par un destinataire qui parle cette même langue, ou par un destinataire qui accepte d'étudier cette langue pour la comprendre.

Les qualités de la langue vulgaire ne sont pas les mêmes. Le choix de la langue vulgaire comme langue de la loi a été prôné, vers la fin du siècle passé, comme un procédé qui permettrait au peuple de connaître le droit, et qui préviendrait le "technicisme" excessif et "l'exotérisme" du juge trop lié aux abstractions juridiques. L'école sociologique, la gauche juridique allemande, ont pu rêver de codes établis dans un langage semblable. Le Code civil de Montenegro, rédigé par Bogachitch, témoigne de la faveur de son auteur pour la langue vulgaire. Si la gauche juridique allemande demeura inécoutée au moment de l'approbation du B.G.B., elle a quand même transmis son idéal aux juristes qui ont rédigé, en 1975, le Z.G.B. de la R.D.A. Andere à la place de Dritte, Betrieb à la place de Unternehmen, Nutzung à la place de Dienstbarkeit ; voilà des changements qui témoignent de la victoire, retardée dans le temps, de Menger et de son mouvement d'idées.

Quels seront, dans l'application, les caractères des expressions qui se voudraient populaires? Imaginons-nous que le législateur québécois, fasciné par l'exemple de la R.D.A., substitue aux expressions "tiers", "entreprise", "servitudes", les expressions "autre", "activité", "utilité". L'interprète aurait deux possibilités : a) il comprendrait que le néologisme traduit le vieux mot, et qu'il en hérite la signification et l'étendue ; b) il arriverait, avant ou après, à attribuer au néologisme une signification nouvelle, non prévisible au moment de la codification.

Le langue vulgaire utilisée par la loi, va devenir - du fait même de cet emploi - langue technique. Dans l'attente, le législateur aura des difficultés à prévoir les significations que les interprètes prêteront à ses paroles.

3. Le législateur, s'il veut prévoir quelle sera l'application que l'on fera de son code, doit prévoir et connaître par avance la langue et la méthode de l'interprète.

Langue et méthode signifient ici un ensemble de données très complexes. Langue comporte d'abord un ensemble de mots, avec la signification que l'on va prêter à chacun d'eux. Mais langue comporte beaucoup plus : des concepts, sous-jacents à la parole, élaborés au service de la pensée juridique ; ces concepts ne vivent pas isolés l'un de l'autre, mais composent, dans leur ensemble, un système cohérent, à l'intérieur duquel des catégories plus générales se partagent en sous-catégories dont l'étendue est naturellement plus limitée. Méthode signifie la série des procédés qu'adopte l'interprète si le législateur lui laisse ouvertes de multiples solutions, notamment s'il semble se contredire, s'il énonce deux règles pouvant se trouver en conflit en des cas particuliers et, surtout, s'il se tait. C'est le silence du législateur, beaucoup plus que sa parole, qui offre à l'interprète un rôle privilégié dans l'application du droit. Il aura recours à l'analogie, dans une forme ou dans l'autre. Mais celui qui parle d'analogie ne nous dit pas encore sur quelle base l'interprète va identifier la mystérieuse eadem ratio : parallélisme des concepts dans le système, identité des valeurs ou des intérêts en jeu, ou quoi encore?

L'analogie consiste d'ailleurs, normalement, à faire jouer un principe connu, dont le législateur n'a pas pleinement défini les applications possibles. Or, chaque principe se trouve tout naturellement limité par des principes opposés ; un arbitrage, qui est confié à l'interprète, est nécessaire pour harmoniser les différents principes.

Le législateur, s'il veut diriger l'application du droit, doit donc prévoir l'attitude de son interprète.

Nos bibliothèques contiennent nombre d'ouvrages sur l'histoire des codes et sur les qualités qui caractérisent chacun de ceux-ci. Ils contiennent également des traités faisant l'apologie de telle ou telle méthode d'interprétation. Nous n'avons pas encore, en revanche, une étude approfondie, dressée pour analyser et classer les différents types d'interprètes, selon les techniques que chacun d'eux adopte, en raison de son milieu d'appartenance et de la situation générale qui l'entoure.

J'essaierai de tracer, ici, deux situations typiques, qui sont destinées à conditionner les rapports entre codificateur et interprète.

Nous pouvons imaginer, d'abord, le codificateur classique : le créateur du Code civil, du Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, du Bürgerliches Gesetzbuch. Il prononce ses vérités, dont l'étendue est très grande. Des phrases synthétiques et solennelles expriment des principes capables d'innombrables applications. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ; les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Où a-t-on trouvé ces libellés qui sont devenus, bien souvent, les phrases les plus connues et les plus fréquemment répétées par coeur de l'ouvrage du législateur?

Le législateur ne peut inventer un code ni le créer de rien. Il utilise des modèles. Parfois, il utilise un code déjà existant, et le modifie conformément à ses nécessités. Les trois codificateurs classiques n'avaient pas à leur disposition un modèle législatif valable ; mais ils ont pu profiter de l'aide puissante qui leur venait de la doctrine. Des dizaines de générations de pandectistes avaient sélectionné, parmi les sources du droit romain, celles qui paraissaient plus fidèles à un idéal de rationalité ; l'enseignement ne confiait à la tradition que ces règles privilégiées et les principes généraux que l'on pouvait obtenir, par voie d'abstraction, de ces règles ; l'école, soucieuse de la cohérence des principes, disposait ceux-ci dans un ordre qui devenait, à chaque génération, plus rigoureux.

L'école du droit naturel n'a pu qu'accentuer cette tendance vers l'abstraction et vers la cohérence du système. C'est ce droit enseigné qui a offert ses produits et ses modèles aux codificateurs français, autrichien, allemand. Et ceux-ci se sont laissés séduire.

Ont-ils laissé, dans leurs codes, des lacunes? Cela va sans dire. Et quelle a été, quelle est à présent, la réaction de l'interprète? Les situations qui peuvent se développer ici, et qui vont conditionner l'interprète, sont diverses.

4. Un enseignement scolaire produit le code, par le truchement d'un système de concepts qu'il a établi et

remis à tout juriste formé dans les universités. La codification, une fois accomplie, rend incontestable le système qui est à sa base. À ce point, l'interprète privilégié sera encore une fois le professeur, en sa double qualité de théoricien, spécialiste du système et des définitions, et d'enseignant, pouvant recommander avec succès les produits de sa science à des générations de futurs juges et de futurs avocats.

La lacune du système peut avoir produit la lacune du code. Dès que la lacune est découverte, il appartiendra au savant de modifier le système, de l'enrichir d'une articulation qui manquait. Le système est l'arme qui permet à l'interprète de résoudre n'importe quel problème ; il est en même temps la prison, dont l'interprète ne sortira que difficilement. Dès qu'un système existe, il faudra, pour le cultiver, d'abord avoir soin de ses définitions, ce qui amène à édifier un langage de plus en plus rigoureux. La règle de droit, la règle pratique, dès qu'on la voit comme élément du système, deviendra une application particulière d'un principe plus général ; et l'attention du juriste s'adressera toujours au principe plus général, correspondant à une définition, plutôt qu'au problème d'application. La définition générale, préparée avec le plus grand soin, est construite dans le but d'offrir au juriste une vérité indiscutable, dont découlent des règles qui n'admettent pas d'exceptions. On l'appelle, pour cela, "dogme". On appelle "dogmatique" la méthode scientifique qui cultive de semblables produits. La découverte d'une lacune prépare la réélaboration d'un dogme, la formulation d'un dogme nouveau. La formulation d'un dogme nouveau modifie le système, et prépare les matériaux en vue de la rédaction d'un code futur, s'il y en a un.

Code et interprète parlent ici un même langage, dont ils sont redevables, l'un et l'autre, à un seul créateur (le savant), et à une seule création (le système). Il se peut, tout au plus, que le code, s'il a vieilli, parle un langage un peu désuet, que l'interprète pourra corriger sans problèmes majeurs.

Nous trouvons cette situation, où une doctrine se consacre à l'édification d'un système conceptuel s'exprimant par dogmes, surtout dans l'Allemagne du XIX^{e} siècle. Le code issu de cette situation est un code systématique. Les premiers interprètes de ce code ne se sont pas écartés de la méthode systématique.

5. Si l'exemple allemand nous fait considérer une doctrine politiquement neutre, nous pouvons dire que l'idéologie politique, là où elle conditionne l'activité du législateur, de l'interprète et du théoricien, favorise l'édification d'un système axé sur les définitions. Nous le voyons en Union Soviétique et dans les autres pays socialistes. Venediktov, qui avait hérité des Allemands le goût des définitions, a élaboré les grandes lignes d'une nouvelle dogmatique des personnes morales, de la propriété, et du contrat. En vertu de l'enseignement, sa dogmatique s'est enracinée. Elle a été mise à la base des codifications non seulement en Union Soviétique (osnovy de 1961 et grazdanskij kodeks de 1964 pour la Russie), mais également en Pologne, Hongrie, Tchécoslovaquie, République démocratique allemande. L'interprète ne se trouve pas dans les conditions de devoir créer sans un appui venant du système. Si la loi écrite paraît silencieuse, les valeurs politiques sous-jacentes au système interviennent tout naturellement pour indiquer la solution à adopter. La doctrine juridique va adopter et insérer dans le système juridique toutes les solutions nouvelles, découlant du système idéologique. Et le nouveau code se plaira à libeller les nouvelles définitions qu'a préparées la doctrine.

6. Les situations décrites jusqu'ici ne correspondent pas, d'ailleurs, à ce que nous trouvons en d'autres pays.

Considérons l'exemple de la France. La rédaction du code y a été préparée, non moins qu'ailleurs, par les efforts des théoriciens - pandectistes ou partisans du droit naturel - qui surent imposer aux règles de droit une cohérence qu'elles n'avaient pas auparavant ; Pothier est considéré comme le père de ce code qui a si largement utilisé ses définitions. Mais l'interprète français ne s'est pas consacré, après la rédaction des codes, à l'amélioration du système de Domat et de Pothier. Dès que le législateur eût codifié, qu'il eût donc procédé à une rationalisation ordonnée et globale du droit positif, l'interprète a considéré cette tâche comme accomplie et a proclamé sa subordination au législateur. Les idées de Montesquieu encourageaient cette soumission. D'ailleurs, la monarchie absolue d'abord, la révolution ensuite, avaient confié le droit aux praticiens - législateur, fonctionnaires, juges - beaucoup plus qu'aux professeurs. Et le praticien se penche beaucoup plus sur la règle de droit que sur le concept ou sur le système. Le professeur français lui-même considère que sa tâche consiste à préparer de jeunes juristes pour les mettre en état de remplir plus tard des fonctions pratiques. Ceux-ci auront donc besoin de connaître des règles, bien plus que de procéder

à des analyses conceptuelles. La précision des concepts, leur cohérence réciproque, leur conformité aux exigences de la logique, n'avaient pas atteint, dans la France de 1804, le niveau que nous trouverons dans l'Allemagne de 1896. L'interprète français n'a rien fait depuis pour rendre le système plus rigoureux.

L'interprète français manipule des règles primaires, qu'il trouve dans le Code, ou des règles secondaires, qui lui servent pour interpréter le Code, et qu'il trouve dans les droits historiques - droit romain et droit coutumier. Le juge, s'il a affaire à une lacune, poursuit l'oeuvre du législateur, libellant des règles plus détaillées et moins générales que les règles légales, mais douées de toute façon de la même structure que les règles légales. S'il trouve que la loi a énoncé une règle trop absolue, et qu'il y a donc une différence entre ce qu'elle a dit et ce qu'elle a voulu dire, il n'essayera pas de reformuler une définition plus correcte, remplaçant celle du législateur ; mais il énoncera, à côté de la règle légale, toutes les exceptions et toutes les règles de détail qui sont nécessaires à une application correcte du droit. La règle judiciaire a pris en France une importance qui n'a fait qu'augmenter de décennie en décennie. La doctrine a accepté de se pencher sur les règles judicicaires et de les considérer comme des sources du droit.

Si le Code Napoléon a recours à des formulations synthétiques et lapidaires, l'état du droit français moderne est bien représenté par les éditions du Code civil annoté, où la règle lapidaire de la loi est suivie par une série de règles auxiliaires qui doivent éclaircir, expliquer, énoncer une exception, combler une lacune. Le professeur, le savant, a renoncé à tracer de nouvelles définitions de grande étendue ; il a renoncé à se mesurer aux dogmes. Le langage n'a pas besoin de prétendre à la cohérence du langage scientifique, s'il doit servir à faire comprendre telle ou telle petite règle pratique.

Dans ces conditions, quels pourraient être les caractères d'un nouveau code, si l'on décidait d'en rédiger un?

Nous pouvons imaginer des réponses, analysant les qualités de certains codes qui ont été libellés en prenant comme modèle le code français. Il en existe, d'abord, qui acceptent les solutions françaises du siècle passé, avec leur date et avec leurs lacunes. Il en existe d'autres, par exemple le code éthiopien, qui n'ignorent

pas les grandes règles du Code Napoléon, mais qui ont recours en même temps aux petites règles élaborées par les interprètes français. De ce fait, le nouveau code acquiert une allure casuistique et non systématique ; le droit qu'il énonce est un droit particulariste. Procédant par règles de petite étendue, le législateur sait que la capacité de chacune d'elles est limitée, et que le droit appliqué aura besoin de l'esprit créateur de l'interprète. Son ouvrage s'appellera code, mais il aura l'allure d'une consolidation.

7. Le codificateur peut-il, par un choix bien médité de son langage et de ses libellés, conditionner l'oeuvre future de ses interprètes, leurs méthodes, leurs résultats?

Le codificateur peut, mais seulement dans une certaine mesure, prévoir ce que ses interprètes vont faire.

Il peut d'abord choisir, pour la codification, le moment. S'il codifie dans un moment de transformations rapides des idées, une partie de son oeuvre va s'avérer bientôt inutilisable, et il ne peut savoir par quoi elle sera remplacée.

Il sait que la durée des règles qu'il a choisies dépend de la solidité des traditions juridiques, qu'une certaine fonction conservatrice appartient aux définitions et au système, et que la valeur de ceux-ci dépend à son tour du prestige dont jouit la chaire, et de l'existence d'une école capable d'en diffuser l'enseignement.

Il peut souhaiter que l'interprète soit admis à créer des règles de détail, pouvant concurrencer les règles légales ; et, s'il souhaite ce développement, il n'a qu'à édicter des articles casuistiques, dans une langue non rigoureuse. Il peut souhaiter que l'interprète fasse ses preuves dans le cadre fixé par le législateur, et il doit alors codifier des règles générales, de large étendue, et surveiller soigneusement son langage.

Il peut donc prévoir. Il peut aussi manoeuvrer des leviers pour agir au niveau des principes fondamentaux de l'organisation de la société. Il peut vouloir que l'unité des juridictions soit assurée par la mise en fonction d'une Cour suprême centralisée, qui sera

consciente de son pouvoir de diriger l'administration de la justice, et qui se croira bientôt titulaire du pouvoir d'apporter au droit légal, en cas de nécessité, les intégrations qui apparaissent urgentes. Mais les manoeuvres que je viens de mentionner vont au-delà des limites du sujet "Codification, langage, interprétation". Elles n'impliquent pas de problèmes de langage, mais des problèmes de distribution des pouvoirs publics.

Le domaine de la langue n'englobe pas la distribution des pouvoirs. La langue, en revanche, est étroitement liée aux concepts ; les concepts sont liés au système ; le système est lié à la logique, notamment à la logique juridique, avec ses doubles chaînes d'impulsions, venant du général au particulier, et du particulier au général.

Le choix d'un langage, dès qu'il procède à l'approfondissement des problèmes, est en même temps le choix d'une logique. Cette logique appartiendra originairement au législateur ; c'est à celui-ci de la faire accepter par l'interprète.

M. J. Pineau :

Je demande maintenant à monsieur Jean-Noël Mazen, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Dijon, de bien vouloir intervenir.

M. Jean-Noël Mazen :

> "Les lois ne doivent point être subtiles... elles sont faites pour les gens de médiocre entendement... Elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille".
>
> Montesquieu.

L'hermétisme du discours juridique est fréquemment dénoncé par les profanes : de fait, en l'absence d'un langage clair issu de la langue courante et donc accessible à tous, la règle de droit, fût-elle codifiée, reste étrangère, voire hostile au non-initié.

En revanche, l'absence d'une terminologie précise et de définitions strictes aboutit à un manque de rigueur et d'efficacité de la règle de droit.

Le problème du langage juridique est donc un peu celui de la quadrature du cercle, chacun essayant d'y apporter un embryon de solution(1).

Le langage juridique, comme tout langage scientifique, comporte de nombreuses particularités, tant au niveau lexical que syntaxique. De ce fait, il n'est, semble-t-il, abordable qu'à l'aide d'une certaine culture ou de la compétence linguistique appartenant aux initiés(2). Ainsi le mot "possession" n'a pas le même sens pour le juriste et pour le profane.

En réalité, plus qu'un langage particulier, la manière dont s'expriment les juristes constitue un vocabulaire technique, un usage spécialisé de la langue ordinaire ou plutôt un "dialecte social". Cependant, par opposition aux autres langages scientifiques réservés aux cénacles des spécialistes, celui qui s'applique au droit ne peut être limité dans son usage à une petite minorité. En effet, par delà sa technicité, la matière juridique régit la vie quotidienne dans la mesure où, du moins en théorie, "nul n'est censé ignorer la loi".

Si chacun conçoit aisément la nécessité pour le juriste de remplacer un langage rigoureux et précis, en revanche le non-initié a parfois l'impression que le droit sacrifie à un certain archaïsme. Ainsi, pourquoi refuser d'utiliser les néologismes passés depuis longtemps dans la langue courante? Pourquoi parler du de cujus et non du défunt? Pourquoi multiplier les constructions syntaxiques inhabituelles? En bref, pourquoi ne pas supprimer du langage juridique et judiciaire les particularités, du moins celles qui ne sont dues qu'à la pesanteur des habitudes et peut-être à une volonté inconsciente d'hermétisme?

Le reproche, il est vrai, vaut plus à l'égard de la pratique judiciaire(3) qu'à l'encontre du législateur, qui n'ignore pas en général l'impérieuse nécessité de rendre le langage juridique plus accessible, plus simple, plus concret(4).

On ne saurait oublier que le désir d'accéder facilement à la norme juridique s'est, au cours de l'histoire, souvent trouvé au coeur des revendications populaires. Les révoltes qui, à Rome, ont précédé la rédaction de la Loi des Douze Tables, et l'exigence manifestée dans les cahiers de doléances, à la veille de la Révolution française, en témoignent.

Cette même volonté de simplifier l'accès à la norme juridique a été réelle en France lors de l'élaboration de la réforme du divorce : en effet, il est particulièrement caractéristique que le Président de la République ait souligné personnellement la nécessité de rédiger le texte "dans un style simple et accessible à tous ceux qui ne possèdent pas une formation juridique"(5); il a, en outre, lui-même apporté de nombreuses modifications au projet initial. "On admirera, écrivait à l'époque un auteur, que le chef de l'État ait trouvé le temps de se livrer à un travail de cette nature et l'ait accompli de façon aussi soignée et aussi méticuleuse(6)."

Était-il cependant le mieux qualifié pour le faire? On peut en douter.

Certains estiment qu'un recours accru au langage commun risque de conduire à l'élaboration de textes flous et imprécis.

> "Le rêve, affirmait Monsieur H. Battifol, de vouloir remplacer, dans le langage juridique, tous les termes ignorés de la langue usuelle par leur définition en mots connus de cette langue, aurait pour résultat que les textes et les décisions deviendraient illisibles non plus seulement par les profanes, mais cette fois par les juristes(7)."

Ce reproche a été formulé en France à l'encontre des nouvelles dispositions régissant le divorce et la vente à domicile. Certes, les juristes ont été au départ quelque peu désarçonnés par le style nouveau de ces textes, mais, le premier étonnement passé, très vite les habitudes se sont prises, malgré quelques difficultés secondaires : ainsi, "l'enfant conçu alors que l'un de ses parents était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne" a du mal à se substituer à "l'enfant adultérin" ; de même si la loi de 1975 a remplacé le terme "requête" par "demande", il a été ensuite nécessaire de préciser par décret que la demande était formée par requête... Enfin, l'expression "droit de rétraction" employée dans la loi relative à la vente à domicile a plus de sens pour le profane que pour le juriste qui cherche désespérémment à quelle institution la rattacher.

Mais ce ne sont là que cas particuliers qui ne peuvent être utilisés comme arguments par les adversaires

de la simplification du langage juridique. En réalité, il ne semble pas qu'il y ait une différence de nature mais une différence de degré entre un langage compréhensible par l'ensemble de la population et un langage juridique simplifié(8). Si l'on se réfère au passé, on constate que le langage juridique a atteint sa spécificité actuelle de manière progressive sous l'action conjuguée de la technicité et de l'abstraction lente de la pratique contemporaine du droit. Quoiqu'il en soit, en l'absence de définitions, le langage scientifique n'offre guère plus de garanties que la langue vulgaire. Il est donc important d'accéder à une plus grande précision par le biais de définitions.

Ainsi que le soulignait déjà Bentham,

> "si l'on est forcé de se servir de termes techniques, il faut avoir soin de les définir dans le corps de la loi même. Les termes de la définition doivent être des mots communs et utilisés(9)."

Faute de cela on introduit un risque de confusion dans les esprits. La tâche certes n'est pas aisée dans la mesure où les définitions, en droit, participent assez souvent au régime de l'institution définie(10).

Le Code Napoléon de 1804, s'il est un modèle de style dont la clarté a été reconnue par tous(11), n'a pas abusé des définitions(12) ce qui, dans certains domaines, a nourri d'interminables controverses(13).

Le législateur allemand, au contraire, a beaucoup insisté sur la précision et la fixité des termes en adoptant un langage savant(14). Mais, si le fait d'imposer un sens légal aux mots et aux expressions du langage juridique permet de limiter les équivoques et les interprétations arbitraires, il en résulte, cependant, un style plus lourd qui, bien évidemment, ne facilite pas la compréhension du texte par le non-initié(15).

Une solution intermédiaire, à l'image de celle mise en oeuvre par le Code civil suisse, semble mieux adaptée. De fait, l'un des buts principaux du législateur suisse est de limiter l'insécurité juridique due à la terminologie : pour cela, il s'est imposé une grande rigueur dans le choix des mots : ceux-ci expriment

toujours les mêmes idées ; refusant de tomber dans l'excès du législateur allemand, il n'a jamais sacrifié la clarté et la souplesse du texte à la précision : ainsi il s'est gardé de multiplier les définitions et a pris soin d'utiliser au maximum le langage populaire sans pour autant négliger la rigueur nécessaire(16).

Le Code de procédure civile français s'inscrit également dans cette tradition, le souci constant de ses rédacteurs a été de le rendre simple et accessible à tous. En premier lieu, le style est merveilleusement clair : les articles sont brefs et n'édictent le plus souvent qu'une seule règle ; les formules archaïques ont été éliminées au profit du style courant. En second lieu, les codificateurs ont apporté une solution originale au délicat problème de la terminologie ; une distinction a été établie entre les dispositions destinées à être déchiffrées par les justiciables eux-mêmes dans le cadre des procédures où la représentation n'est pas obligatoire, et celles dont la lecture serait réservée aux praticiens, à l'occasion des instances où leur concours est nécessaire. Les premières sont écrites dans un langage courant ; elles ont été rédigées de manière à ce que ceux qui veulent les diligenter eux-mêmes, ainsi que la loi le permet, ne soient pas embarrassés par la complexité des règles établies. Les secondes, tout en restant claires, font cependant usage d'un langage technique plus adapté à leur degré supérieur de complexité(17). Le législateur a, en outre, pris soin d'établir un certain nombre de définitions qui permettent de mieux cerner les notions techniques.

Qu'en est-il, pour conclure, du Projet de Code civil du Québec et même du nouveau Code Civil du Québec, puisqu'une partie au moins a été promulguée? Il est évident que le souci de clarté a été continuellement présent dans l'esprit des codificateurs. Les définitions, les dispositions préliminaires et générales sont là pour donner un cadre rigoureux à la matière. Le style en est de qualité et reste néanmoins relativement accessible à l'ensemble de la population.

En revanche, on peut se demander si un usage important n'a pas été fait des concepts au contenu très vague, notions qui restent volontairement "ouvertes"(18). Je ne prendrai qu'un seul exemple : l'article 95 du livre V du Projet : "Celui qui, privé de discernement, cause un dommage à autrui, peut être tenu à réparations

selon les circonstances". Le législateur se garde d'ébaucher le moindre critère mais évoque seulement l'ombre d'un principe. C'est laisser une très grande liberté au juge, et par là même, priver le citoyen d'un accès direct à la norme. Ne risque-t-on pas peu à peu de favoriser ainsi l'instauration d'un nouvel équilibre entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire sans cependant doter formellement celle-ci des moyens d'y faire face?

Je me bornerais à une dernière remarque pour exprimer ma crainte, partagée je crois par certains, que la manière fragmentée dont le législateur québécois a décidé de promulguer son Code civil ne conduise à un certain manque de cohésion dans la terminologie et ne nuise à la cohérence générale de la matière.

NOTES :

1. Cf., Archives de philosophie du droit, t. 19, Le langage du droit, Sirey, 1974, publiant la plupart des communications données au séminaire de philosophie du droit de l'Université de Paris II durant l'année scolaire 1972-1973; voir particulièrement, M. Ph. Visser't HOOFT, "La philosophie du langage ordinaire et le droit"; Zygmunt ZIEMBINSKI, "Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement".

2. P. Bourdieu. Dossiers pédagogiques de la Radio-Télévision scolaire/Centre National de la Documentation Pédagogique, 1967, Le langage : "L'éthnocentrisme professionnel d'hommes cultivés étant redoublé souvent par l'ethnocentrisme de classe qui leur fait oublier qu'ils ne sont pas immédiatement compris d'individus qui n'ont pas acquis dans leur milieu le code selon lequel leur langage est codé"; Louis Marie Raymondis et Michel le Guern, Le langage de la justice pénale. Éditions du C.N.R.S. 1976: N. Mouloud, Langage et structure. Paris, 1968; Cohen, Structure sociale et structure linguistique, Diogène, n° 15, p. 115; M. Sourioux et P. Lerat, Le langage du droit, Paris, P.U.F. 1975; J. N. Mazen, L'insécurité inhérente au système juridique, Thèse d'état, Dijon, 1979.

3. Les praticiens, il faut l'avouer, se complaisent parfois soit par souci d'originalité soit plus souvent par mimétisme à recopier des formules où fleurissent les stéréotypes. Que penser des constructions directement issues du XVIème siècle : "dit n'y avoir lieu à exécution provisoire"; "les registres à ce destinés"; "Nonobstant en fait que le sieur ne remplisse pas les obligations par lui contractées"?

4. Voir cependant, à titre d'exemple de rédaction législative confuse, les articles 26 et suivants de la Loi du 1er septembre 1948 sur les loyers d'habitation, qui sont difficilement compréhensibles même pour un juriste. Loi n° 48.1360 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires... (J.O. du 2 septembre 1948 et rectificatifs du 10 septembre et 27 octobre 1948).

   Art. 27 "La valeur locative d'un local est égale au produit de la surface corrigée, telle qu'elle résulte de l'article 28, par le prix de base du mètre carré de chacune des catégories de logements prévues à l'article 30... Le montant du loyer des locaux pour lesquels le droit au bail ou le droit au maintien dans les lieux a été, postérieurement au 1er juillet 1966,

transmis aux héritiers ou transféré dans les conditions prévues à l'article 5 de la présente loi, est égal à la valeur locative majorée de 50%. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables en cas d'attribution de l'un de ces droits au conjoint du locataire ou de l'occupant ni en cas de transfert à un descendant mineur...".

5. Exposé des motifs, Doc. Ass. Nat., n° 1560.

6. Lindon, La nouvelle législation sur le divorce et le recouvrement public des pensions alimentaires, Paris, Litec, 1975, p. 8, n° 25.

7. H. Battifol, "Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique". Mélanges Marty, 1979, 35, à la p. 44.

8. Ainsi, si l'on excepte quelques mots très techniques, le langage utilisé en matière d'arbitrage se rapproche beaucoup du langage courant et donne de ce fait l'image d'une justice simple et moderne. Le doyen G. Cornu estime que la distinction langage scientifique et langage courant est une fausse distinction, "il semble qu'il n'y ait qu'une réponse : c'est la langue française, c'est-à-dire un mélange historique de termes populaires et de termes savants, de termes abstraits et de termes concrets, pratiqués et inventés et constamment renouvelés par le génie du peuple". Cours de droit civil. D.E.S. droit privé, Sciences criminelles, Les Cours de droit, 1970-1971, p. 37.

9. J. Bentham, Traités de législation civile et pénale, traduit par E. Dumont, Paris, 1830, chapitre XXXIII, Du style des lois, p. 431.

10. M. Sourioux et P. Lerat, Le langage du droit, Paris, P.U.F. 1975, p. 57. Voir particulièrement G. Cornu, "Les définitions dans la loi", Études offertes à J. Vincent, Dalloz, 1981.

11. Stendhal, Correspondances, t. III, Lettre à H. de Balzac, de Civita-Vecchia (30 octobre 1840) : "En composant la chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours naturel".

12. Par exemple : définition de la donation (art. 894), du testament (art. 895), du louage (art. 1709), de la société (art. 1832), du mandat (art. 1984), du nantissement (art. 2071), du privilège (art. 2095), de l'hypothèque (art. 2114). On soulignera aussi, dans les lois nouvelles, la définition de la tutelle (art.

427), du régime de participation aux acquêts (art. 1569).

13. Par exemple, les querelles afférentes aux héritiers légitimes et naturels de l'art. 724, les successeurs universels et successeurs particuliers.

14. Cf. R. Saleilles, Introduction à l'étude du droit civil allemand, Paris, 1904, p. 31.

15. Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil de la République Fédérale d'Allemagne.

16. Teissier, "A propos du Code civil suisse" Revue Générale du droit, 1908, p. 288. Très attaché au caractère populaire de la loi, le législateur suisse a tenu à ce que le Code civil soit suffisamment souple pour pouvoir s'adapter à la réalité quotidienne et suffisamment clair pour être compris de tous. Il en résulte un texte qui, quoique plus complet que le Code civil français, reste plus synthétique puisqu'il compte moins de 1000 articles dont presque aucun n'est composé de plus de trois alinéas.

17. G. Cornu, Cours de D.E.S., 1970-71, précité, supra, note 8, p. 38. Il y a place pour tout : pour des dispositions générales écrites de telle manière que tout le monde puisse les comprendre; et des dispositions spéciales mais plus techniques dont l'accès peut être plus difficile mais qui ne sont pas nécessaires pour comprendre les grandes lignes de l'ensemble. La masse du public n'a pas besoin de descendre dans tous les détails, si le message essentiel lui est adressé en clair.

18. Il ne saurait être question de condamner le principe des notions "ouvertes", parfois très utile, mais le recours abusif qui pourrait en être fait. Voir particulièrement Ejan Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision." Revue Langages (mai 1979), n° 53, p. 49... "Les notions floues, et plus généralement la fluidité sémantique des termes juridiques, ne sont pas une entrave aléatoire à un système autrement parfait mais bien au contraire forment un élément essentiel au bon fonctionnement du droit".

Le professeur Hess a exprimé le désir de se faire entendre.

M. Hess :

Je me bornerai à une toute petite observation concernant un des problèmes du langage de la codification, qui n'a pas été discuté jusqu'à présent. Je voudrais attirer votre attention sur certains facteurs internationaux qui exercent une influence sur le droit civil contemporain. En effet, le développement sans précédent des diverses relations internationales qui tombent sous la compétence des règles de droit civil donne à ce droit une nouvelle dimension, une dimension internationale qui ne peut pas rester sans effet, aussi bien sur le concept que sur le langage de la codification. Ainsi, en discutant le problème du langage de la codification, il faut tenir compte de cet environnement international dans lequel opère le Code civil contemporain. Ce phénomène nous incite à essayer de promouvoir l'idée, le processus d'une uniformisation progressive du langage de la codification sur le plan international. Je suis convaincu que c'est une tâche extrêmement difficile et de longue haleine, mais il ne faut pas l'oublier au cours des travaux de codification.

C'est l'approche comparative aux travaux de codification qui peut essentiellement contribuer à réaliser ce but. Car l'une des tâches de la doctrine de droit comparé consiste à mettre au point une terminologie juridique unifiée. On peut espérer que la recherche comparative à laquelle contribueront les colloques comme le nôtre, en échangeant les expériences, en stimulant la pensée et en ouvrant de nouveaux horizons, permettra peut-être, à travers les efforts internationaux, de perfectionner le langage de la codification pour qu'il soit mieux ajusté aux réalités sociales et économiques de chaque pays dans le contexte international contemporain.

M. François Terré :

Je voudrais faire entendre, j'espère que l'assistance ne m'en voudra pas, une voie légèrement discordante seulement par rapport à un propos que je vois tenu et répété à satiété, à savoir qu'il faut absolument que le style du code le rende le plus possible accessible à la masse des citoyens. S'il est vrai que cette perspective en soi ne peut être que louée, approuvée, - je ne la remets pas en cause dans son principe, - je voudrais

simplement dire qu'il y a peut-être lieu de tenir compte de certains risques, de certains excès en la matière.

Et c'est pourquoi ce propos un peu rétrograde, pardonnez-le-moi, s'appuiera sur quatre considérations. Faut-il vraiment que le texte de la loi soit aussi compréhensible que possible et que pour cela il soit écrit en langue contemporaine? Je me méfie beaucoup de la langue contemporaine. Je sais déjà que les juristes écrivent généralement un mauvais langage ; je constate de surcroît que la langue contemporaine bien souvent perçue par des journalistes est tout à fait déplorable et, si l'on ajoute les défauts des juristes au défaut des journalistes, que va devenir la pureté des lois?

Les quatre objections que je ferai sont les suivantes. D'abord, il y a un élément d'intemporalité dans la loi écrite et dans le code, le code exprimant lui-même un certain voeu de perpétuité ; même si ce voeu n'est jamais satisfait, il est fait pour durer, ne serait-ce qu'un instant ; "Ô temps, suspends ton vol", dit le code à la nature, et si l'on veut écrire ce code en langue contemporaine, il sera désuet dès qu'il sera écrit, dès qu'il sera promulgué. C'est un élément d'intemporalité qui me fait me méfier un peu de ce langage contemporain.

Le deuxième phénomène qui m'inquiète, c'est l'argument de la prévision. On veut tout faire comprendre, et c'est très louable en soi. C'est une considération de sécurité qui intervient : les citoyens connaîtront leurs lois. À vrai dire, on ne peut pas dire que plus on les change, moins ils les connaissent. Ils ne les connaissent pas davantage, malgré les efforts des médias. Je pose simplement la question : est-ce qu'il vaut mieux savoir qu'on ignore et être dans le vrai ou croire qu'on sait et se tromper? C'est le vrai problème de l'accessibilité au code ; je préfère savoir que je suis dans l'erreur et ne pas me tromper que croire que je sais tout et me tromper dès que je parle.

La troisième considération tient encore à l'idée de sécurité. Il a été fait allusion à cette méthode de rédaction de la loi française du 11 juillet 1975 sur le divorce, et je suis au regret d'être en désaccord total avec un des orateurs précédents. Il est vrai que cette loi du 11 juillet 1975, dont le projet initial qui avait été rédigé par un sociologue et un juriste du renom que vous savez, était peut-être marqué des inconvénients que

la sociologie introduit dans la loi. Faire trop de sociologie, c'est introduire la casuistique. Je pense que les juristes de common law ne peuvent qu'encourager les Français ou les juristes d'esprit français à développer des recherches sociologiques, car il est bien vrai que la sociologie est la mère de l'aléatoire et de la casuistique. Il est vrai que le projet de loi sur le divorce avait pu être critiqué par certains, qui avaient dit de ce projet Carbonnier que c'était un mouton à cinq pattes. Le projet de loi sur le divorce, il a beaucoup plus de pattes maintenant parce que le président de la République s'en est mêlé. Il a voulu le réécrire. C'est un économiste, c'est un polytechnicien, c'est un énarque.

Le mystère est l'une des sources du prestige de la loi. Vouloir que la loi soit trop assimilée, comme un produit alimentaire, vouloir que le Code soit comme un guide touristique ou comme un livre de cuisine, c'est oublier qu'il y a une distance à retenir entre la loi et ceux à qui elle est destinée. Et ce n'est pas pour rien que ces utopistes du XIX^{e} siècle voulaient justement que la loi vienne de l'extérieur, qu'elle soit rédigée par d'autres venant d'autres pays que ceux auxquels elle devait être finalement appliquée. Il en va un peu de la loi comme de la justice par les temps qui courent. Un juge qui descend de son piédestal perd de son prestige. Le juge à col roulé n'est plus le juge en robe d'autrefois. Je crains que ces codes, qui sont rédigés dans la langue vulgaire, deviennent aussi en quelque sorte des codes à col roulé dont on verra rouler l'avenir dans des directions contestables.

M. V. Yadin :

J'aimerais dire quelques mots au sujet de la langue. Dans mon pays, notre législation est écrite en hébreu, langue de l'Ancien Testament et de la Bible. Or, chaque fois qu'une question de précision dans le langage est soulevée, on réfère directement au vocabulaire qu'ont utilisé les prophètes pour exprimer leur pensée.

Cependant, en ce qui concerne la formulation des normes juridiques, les sources du droit nous guident, particulièrement les codifications de la loi hébraïque, qui nous ont été léguées aux deuxième et onzième siècles, dont nous avons retenu les techniques de dispositions brèves et concises qui sont encore suivies aujourd'hui.

Actuellement, la traduction de nos lois en langue arabe et anglaise, quoique officielle, n'a pas force obligatoire, mais les lois antérieures à la création de l'État d'Israël sont toujours en vigueur dans leur version originale anglaise, sauf lorsqu'il y a eu promulgation dans une nouvelle version en hébreu, pour laquelle des dispositions simplifiées ont été prévues en vue de l'adoption de ces lois.

En ce qui concerne la législation nouvelle, un linguiste de grande compétence du ministère de la Justice veille à la qualité de la langue.

Il arrive que des termes nouveaux dont les racines sont tirées du vocabulaire hébraïque soient adoptés ; mais des termes reconnus internationalement, tels que télévision, sont employés dans leur forme habituelle.

Dans l'ensemble, nous n'avons rencontré que de légères difficultés dans la rédaction des dispositions législatives en hébreu. Il existe certaines particularités telles que l'usage du singulier en hébreu, alors que d'autres langues utilisent le pluriel,et l'usage de la forme active plutôt que la forme passive.

Mais, dès que l'on devient familier avec l'esprit de la langue hébraïque, ces différences grammaticales ne présentent pas de problèmes sérieux. J'ajouterai même que ces différences linguistiques entre l'hébreu et les langues européennes, dont celles parlées au Canada, ne sont pas plus importantes que celles qui existent entre ces dernières langues.

ATELIER I : **LA PERSONNE - RESPECT DE LA PERSONNE HUMAINE**
présidé par monsieur le juge **René Hurtubise**
de la Cour supérieure du Québec

Conférenciers : **M. Jean Martucci**, Québec
M. R. Frank, Augsbourg
M^me^ **M. Caron**, Montréal

ATELIER I

présidé par monsieur le juge René Hurtubise,
de la Cour supérieure du Québec

LA PERSONNE - RESPECT DE LA PERSONNE HUMAINE

M. René Hurtubise :

Bienvenue à cet atelier dont le thème est Codification : valeurs et langage et La personne - Respect de la personne humaine.

L'objectif du colloque est fort bien résumé dans le "dépliant" qui contient le programme, et je lis : "Devant l'ampleur et la diversité des initiatives de réforme du Code civil, il a paru opportun de s'interroger sur la démarche même que constitue la codification. Reste-t-elle un procédé valable? Quelles valeurs doit-elle véhiculer? Quel doit être son langage?" C'est à cette réflexion ou interrogation en rapport avec le respect de la personne humaine que nous sommes tous conviés, mais conformément à une approche qui consistera à tenir compte de l'ensemble des trois aspects. Toutefois nous en viendrons à une discussion, après avoir d'abord écouté les propos de nos trois conférenciers.

Quant à moi, en guise d'introduction, je voudrais très sommairement et rapidement définir les termes, rappeler les interrogations, réactions ou l'accord de certains philosophes de common law face à la codification et enfin, situer le Code civil existant face à la protection et au respect de la personne.

Il pourrait être intéressant, dès le départ, de vérifier le sens des mots "codification, valeurs et langage" dans le but d'éclairer nos esprits avant d'écouter les conférenciers.

"Codifier" est ainsi défini dans le Petit Robert : "Réunir des dispositions légales dans un code ; rendre rationnel ; ériger en système organisé".

Dans la même veine, messieurs Michel Sparer et Wallace Schwab ont écrit que la codification "est d'abord une méthodologie documentaire. Il s'agit d'effectuer un regroupement thématique des dispositions législatives nouvelles, anciennes et éparses. L'intérêt à cet égard est évident puisqu'on rassemble dans un même document la totalité ou l'essentiel du droit pertinent à un sujet"(1).

Le président de l'Office de révision du Code civil, le professeur Paul A. Crépeau, a également souligné cette dimension de rationalité ou d'approche systématique. Et je le cite :

> "L'on m'a souvent posé la question : "Mais quelle est donc la philosophie qui inspire les travaux de l'Office de révision du Code civil?
>
> À cette question fort pertinente, j'ai toujours répondu que la philosophie qui anime les travaux de l'Office en est moins une d'idéologie que de méthodologie"(2).

Ajoutant, toutefois, que le mot révision doit être employé dans son sens propre, signifiant qu'il ne s'agit pas de tout bouleverser, mais de tout revoir, ce en quoi il empruntait aux propos du professeur André Tunc (3).

Et il reconnaissait certaines limites à la méthode : "... un peuple qui accepte le principe de la codification de ses lois doit également fournir, en marge du Code, d'autres instruments d'évolution du droit, tels une doctrine vigoureuse, un organisme permanent de réforme du droit..."(4)

"Valeurs" est ainsi défini dans le Petit Robert : "Une valeur est ce qui est vrai, beau, bien, selon un jugement personnel plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque."

Assurément, nos conférenciers souligneront ces valeurs prônées par l'Office. Mais sans insister outre mesure, mentionnons au passage la primauté de la personne et la volonté de faire de celle-ci "la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques de droit privé"(5) et cette approche a débouché dans le Projet de Code civil, par exemple, sur :

- l'attribution de la personnalité juridique à tout être humain, chacun jouissant de ses droits civils et pouvant les exercer, sauf exception ;

- la corrélation ou le rapport explicite entre les droits et les devoirs de la personne ;

- le respect de la vie privée (art. 12-14) ;

- l'inviolabilité de la personne humaine (art. 15-23) ;

- une conscience accrue des droits de l'enfant et l'affirmation que l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne ;

- l'égalité dans les rapports juridiques entre époux et l'autorité parentale ;

- l'obligation faite à l'employeur de "prendre les mesures appropriées aux circonstances particulières du travail en vue de protéger la vie, l'intégrité physique, la santé et la dignité de l'employé" et la décision voulant que "la grossesse et l'accouchement de l'employée donnent droit à un congé sans solde d'une durée de quatre mois".

Voilà autant de valeurs que l'on peut retrouver dans le Code et sur lesquelles je n'insiste pas davantage.

Quant au mot langage, on peut lire dans le Petit Robert : "Fonction d'expression de la pensée et de communication entre les hommes, mise en oeuvre au moyen d'un système de signes vocaux et éventuellement de signes graphiques qui constituent une langue."

Michel Sparer et Wallace Schwab ont écrit :

> "Le texte législatif est, à n'en pas douter, un message puisqu'il a pour fonction de porter à la connaissance de la population les normes qu'on doit observer.
>
> Qu'on se place au plan du respect du lecteur ou au plan de l'efficacité du message, on constate fatalement la nécessité d'être clair et précis"(6).

Cette façon de voir était partagée par le président de l'Office de révision du Code civil du Québec, et l'extrait suivant en atteste :

> "Un dernier objectif visait la forme des textes du Projet. Un Code civil ne doit pas être un livre secret, accessible aux seuls spécialistes du droit. Un Code civil est d'abord et avant tout destiné au citoyen ; il doit, dans toute la mesure du possible éviter le jargon professionnel ; il doit parler avec concision et clarté"(7).

Voilà donc pour la définition des termes et ni plus ni moins l'accord qu'ont donné les responsables de l'office de révision du Code à ce sujet.

Et pour reprendre une expression de Dominique Latournerie : "Est-ce donc vrai que nous serions à un moment de maturité où la société québécoise veut, en quelque sorte, réunir les éléments de son vécu propre?

Est-ce exact que le "besoin de codification répond à la nécessité de retrouver ce langage commun qui est le véritable ciment de la vie sociale"?

Après cette brève définition des termes, et en quelque sorte à titre de note liminaire à retardement, - si vous me permettez l'expression - , je voudrais rappeler, qu'au Québec, il est quasi-impensable de parler du respect de la personne humaine en ne s'en tenant qu'au Code civil ou au Projet de Code civil sans référer aucunement à la Charte des droits et libertés de la personne(8). En effet, cette Charte ne constitue-t-elle pas, en elle-même, un mini Code officiel, solennel, de l'ensemble des droits d'une personne, qu'ils soient civils, politiques, judiciaires, sociaux, économiques et culturels? C'est d'ailleurs consciemment que les membres du Comité des droits civils ont proposé en 1968 de n'inclure dans le Code que les droits fondamentaux qui relèvent du droit civil, c'est-à-dire des rapports entre particuliers.

Voilà pour le premier point. Le deuxième point est le suivant : La codification et la "common law".

L'on sait que parallèlement au système de droit civil existent d'autres grands systèmes juridiques,

dont celui de common law. Conséquemment, il serait peut-être opportun de vérifier, même de façon incomplète, la réaction de certains juristes et philosophes, issus de ce système, face à la codification.

Bentham, par exemple, était plutôt favorable à la codification, mais tout comme Burke, il était sceptique à l'endroit des chartes ou déclarations des droits de l'homme.

Pour ces deux philosophes, cette entreprise allait à l'encontre du sens commun et elle était qualifiée, entre autres par Burke, d'oeuvre "métaphysique" et d'abstraction.

La raison majeure de leur réticence tenait dans leur conception pragmatique du droit.

Dans les grands principes qui sous-tendaient la Déclaration des droits de l'homme, Bentham ne voyait que des dogmes positifs, des articles de foi politiques, des articles consacrés qu'il faut recevoir avec soumission, qu'il n'est plus permis d'examiner.

Burke, pour sa part, opposait aux droits de l'homme les libertés du peuple anglais, les droits de chacun, tels que les concevait la tradition de son pays.

Une autre raison qui explique la réticence anglaise aux déclarations de droits est que leur intérêt a prioritairement porté sur la procédure : remedies precede rights :

> "La common law ne se présente pas comme un système visant à réaliser la justice ; c'est plutôt un conglomérat de procédures propres à assurer, dans des cas de plus en plus nombreux, la solution des litiges", écrivait le professeur René David(9).

Ainsi, les parlementaires britanniques se sont-ils préoccupés de façon beaucoup plus importante de l'élaboration et du perfectionnement de la réglementation du recours en Habeas Corpus que de la rédaction des déclarations solennelles des droits et libertés de la personne.

C'est donc l'approche pragmatique et la nécessité, pour eux importante, d'un "remède" efficace qui expliquait leur résistance et qu'exprimait Burke de façon presque caricaturale.

À ces voix d'autrefois, ajoutons celles de deux philosophes contemporains, soit celle de Friedmann qui prétend que la différence entre les deux systèmes est plus théorique que réelle et concrète, et celle de Salmond qui dit sa préférence pour la codification et qui dit que la tendance moderne va vers la codification.

Cette affirmation, concernant cette tendance moderne n'est-elle pas d'ailleurs corroborée par la prolifération de déclarations, pactes ou conventions en droit international, sans oublier l'entrée en vigueur de quelque 40 codes depuis la fin des années quarante?

Voilà pour la méthode de la codification, les résistances sur l'accord. Un mot enfin sur le Code civil du Bas-Canada et le respect de la personne humaine.

Le Code civil de 1866 contenait un éventail d'éléments lui permettant d'être un outil partiellement efficace de protection des droits de la personne.

Certaines grandes libertés fondamentales, comme le droit à la liberté et à l'intégrité physique, le droit à la dignité, à l'honneur et à la réputation, le droit à la vie privée, sont considérées, en droit civil, comme des attributs de la personnalité juridique. Ainsi, traditionnellement, elles ont joui de la protection du Code civil et c'est surtout par le truchement de l'action en responsabilité basée sur la faute que les tribunaux sanctionnèrent les atteintes à ces droits fondamentaux.La notion de faute n'étant nulle part définie, le juge appelé à trancher un litige a trouvé, dans l'article 1053 du Code civil, un outil malléable et fonctionnel sur lequel il pouvait baser ses décisions. Ainsi, les tribunaux ont-ils établi qu'il y avait faute : "pour humiliation et violation de la vie privée"(10), pour "avoir fait paraître la photographie de quelqu'un sans son autorisation"(11), "pour avoir diffamé un honnête homme"(12). Ces exemples, tirés au hasard de la jurisprudence, illustrent bien le caractère flexible de la notion de faute. Cette notion, flexible et variable, a donc permis au tribunal de condamner l'atteinte à des droits fondamentaux. C'est à bon droit qu'un auteur, Madeleine Caron - l'une d'entre nous -

a pu ainsi affirmer avec un brin d'optimisme, dans un article, et je la cite : "...à cet effet, l'article 1053 du Code civil constitue à lui seul une véritable Charte des droits, puisqu'il fournit à la victime d'une atteinte à un droit fondamental le moyen d'obtenir la réparation du dommage subi"(13).

De plus, comme le tribunal fut appelé à comparer la conduite d'un individu à celle qu'aurait eu "le bon père de famille", "l'homme prudent et diligent", l'évolution des moeurs et de la société s'est reflétée dans les décisions judiciaires. En effet, le Code civil mentionne dans plusieurs articles que l'on ne peut contrevenir à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Ces notions, dont le contenu est laissé à l'appréciation du tribunal, ont l'avantage d'évoluer dans le temps et dans l'espace. Par ce biais, les tribunaux ont pu également, sans intervention législative, suivre l'évolution de la société québécoise.

Les tribunaux, dans leur désir d'assurer le respect de la personne humaine, utilisèrent aussi d'autres moyens. Ainsi en fut-il en ce qui concerne la théorie de l'abus de droit, qui est à l'effet que nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec le profit qu'il recherche. "Cette théorie est reconnue tant en matière contractuelle qu'en matière extra-contractuelle et elle est reconnue par la doctrine. Elle s'applique particulièrement comme limite à la jouissance des biens"...(14), donc dans le cas des relations de voisinage.

C'est ainsi que les tribunaux élaborèrent et développèrent, au fil des ans, toute une jurisprudence venant protéger les droits fondamentaux de la personne. Même si, sous certains aspects, les principes élaborés semblaient vagues ou imprécis, il est néanmoins évident que les principaux droits de la personne recevaient une relative protection légale.

Le Comité des droits civils de l'Office de révision du Code civil, lors du dépôt de son rapport en février 1968, donnait acte de cette réalité et écrivait à ce sujet:

> "Aujourd'hui, l'oeuvre prétorienne est suffisamment élaborée pour qu'il soit possible et même nécessaire de codifier à nouveau toute cette matière... En outre, le Comité n'a pas hésité, le cas échéant, à

> compléter le droit existant lorsque l'action du législateur lui a paru nécessaire pour combler les lacunes de la jurisprudence ou remédier à ses hésitations et mettre le droit en accord avec les préoccupations contemporaines(15)."

Bref, parmi les motifs de révision du Code, il y avait assurément, greffé(e) au désir de "tout revoir" quant à la codification ou la méthode, l'idée d'une synthèse nécessaire, de regroupement de dispositions législatives diverses afin de rétablir une unité organique, et cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la personne, dont on voulait consacrer la "place centrale" en droit privé; quant aux valeurs, le besoin d'adaptation du droit aux valeurs de la société moderne et, quant au langage, le désir de faire du nouveau Code "un guide pour les citoyens", un document à valeur éducative.

Il reste à nos trois invités à nous dire dans quelle mesure, selon eux, le défi a été ou pourra être relevé, particulièrement en ce qui concerne le respect de la personne humaine.

Je vais maintenant inviter monsieur Martucci, qui est délégué général du Québec à Milan, à prendre la parole. Monsieur Martucci va nous parler des valeurs véhiculées par le projet.

NOTES :

1. "Loi et hëritage culturel", (1979) 20 C. de D. 399, à la p. 416.

2. "La rëvision du Code civil," (1977), Cours de Perfectionnement de la Chambre des Notaires, 335, n° 10 et 11, à la p. 340.

3. Ibid., n° 12.

4. Ibid., n° 23.

5. Rapport sur le Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, vol I., p. XXXI.

6. Précité, supra, note 1, à la p. 407.

7. Précité, supra, note 2, n° 52.

8. L.R.Q., chap. C-12.

9. Les Grands Systèmes de droit contemporains, 6e ed., Paris, Dalloz, 1974, 330.

10. Robbins v. C.B.C., [1958] C.S. 152.

11. Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) ltd., [1973] C.S. 389.

12. Morin v. Ryan, [1957] B.R. 296.

13. "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne", (1978) 56 R. du B. Can. 197, à la p. 199.

14. M. Caron, précité, supra, note 12, p. 208.

15. Office de rëvision du Code civil, Rapport sur les droits civils, no IV, Montréal, 1968.

M. Jean Martucci :

La question que les organisateurs du présent colloque ont tenu à poser à celui qui, n'étant ni juriste, ni civiliste, ni même homme de droit, ose y répondre ici, aurait fait reculer toute personne un tant soit peu prudente et mesurée : "Quelle place est faite au souci de la personne humaine dans le Code civil du Québec?" Comment peut-on, à travers le langage employé dans le Code civil et dans le Projet de Code civil, découvrir les valeurs sous-jacentes?

D'un oeil forcément profane et délibérément naïf, j'ai lu le Code civil (2 715 articles - tout le monde le sait!) et le Rapport de l'Office de révision du Code civil (en tout, 1 885 pages - tout le monde ne les a peut-être pas comptées!) et j'ai tâché d'y déceler des réponses à trois questions toutes simples : Y parle-t-on souvent de la personne humaine? Où a-t-on choisi d'en parler? Et quel est le vocabulaire de ce qui en est dit?

Si tout code pèse ses mots, c'est qu'il soupèse aussi des valeurs. La récurrence, la place et les prédicats du mot "personne", dans le Code civil et dans le Projet de révision, m'ont fait découvrir quels ordres culturels très différents sous-tendent l'un et l'autre, quelles sont les valeurs qu'ils rappellent et celles qu'ils oublient.

Dans le Livre premier (298 articles et les titres) du Projet de Code civil, le mot "personne" revient 159 fois. Si, en suivant la table de concordance B annexée au Projet, on se réfère aux articles dispersés dans le présent Code civil et traitant des mêmes sujets, on n'y trouve le mot "personne" que 33 fois. Même dans le Livre premier du Code civil actuel (373 articles et les titres), intitulé Des personnes, on ne rencontre le mot "personne" que 76 fois. Ces constatations statistiques révèlent peut-être quelque chose, mais il faut pousser plus avant la comparaison pour voir si une conclusion s'impose.

Il est à remarquer d'abord que le mot "individu" a été systématiquement banni du Projet, alors qu'on le retrouve au moins dans cinq articles (162, 246, 274, 275 et 354 al. 2) du Livre premier du Code civil du Bas-Canada. Le mot "individu", mise à part la connotation péjorative qu'il a tendance à prendre dans le langage

courant, met l'accent sur l'absence de communication avec les autres. Le mot "personne", tout au contraire, surtout si on se rappelle son étymologie, évoque d'abord la relation aux autres et la communication. Le Projet a fait là un choix révélateur.

Ce mot "personne" revient comme un véritable leitmotiv à travers tout le Projet. Certaines récurrences ne sont pas significatives. Par exemple, des expressions courantes, comme "la personne concernée... désignée... ou intéressée", la "personne qui" ou "toute autre personne", qui emploient le mot "personne" en le particularisant tout de suite, se retrouvent 49 fois dans le Livre premier du Projet et 51 fois dans celui du Code civil. On ne peut rien en conclure.

Mais quand le Livre premier du Projet emploie 47 fois des expressions comme "tuteur à la personne", "personne en tutelle" et "personne protégée", alors que le Livre premier du Code n'emploie que deux fois, timidement, à l'article 339, l'expression "curateurs à la personne", on en reçoit clairement une impression de primauté accordée à la personne ayant besoin d'aide ou de représentation. En lisant le Code actuel, au Titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, ce n'est pas la personne qui passe au premier plan, ni la protection à lui accorder, mais la nomination au titre de tuteur, la façon d'y échapper, ou de s'en rendre indigne, et le labyrinthe de l'administration des biens du mineur. La répétition constante du mot "personne" autour des notions de tuteur, de tutelle et de protection assume manifestement une fonction pédagogique dans le Projet de Code.

Quand le Livre premier du Projet emploie 36 fois l'expression "personne morale" tandis que le Livre premier du Code ne l'emploie que 2 fois (art. 352 et 356), en fournissant aussi l'expression "personne fictive" comme son équivalent, il est clair que le Projet tient à ce que le lecteur comprenne, à travers la personnalité juridique que possède par lui-même tout être humain, la personnalité juridique qui est accordée de l'extérieur par la loi à certaines entités, constituées et enregistrées comme pouvant agir, à certains égards, à la manière d'une personne humaine. La naissance, le nom, les droits, les devoirs et la mort de la personne morale sont immédiatement compris à travers cette analogie. Le Projet n'a pas besoin de fournir une longue démonstration : son vocabulaire parle par lui-même.

Quant aux mentions de "la" personne, au sens universel abstrait, et de "toute" personne, "une" personne ou "les" personnes, au sens universel concret, elles ne sont pas tellement plus nombreuses dans le Livre premier du Projet (22 fois) que dans celui du Code (14 fois). Ce sera bien plus par les places où il a choisi de faire figurer le mot "personne" que le Projet va trancher sur le Code actuel.

Le mot "personne" apparaît pour la première fois à l'article 5 du Code civil. Dans le Projet, il apparaît d'abord à l'article 2 du Livre premier, mais il se rapporte alors aux personnes morales. Il faut attendre l'article 4 pour le trouver dans un sens applicable autant à la personne humaine qu'aux personnes morales, et c'est à l'article 6 seulement que, pour la première fois, il ne s'applique qu'à la personne humaine.

L'article premier du Livre premier du Projet se lit présentement comme suit : "Tout être humain possède la personnalité juridique". On a manifestement reproduit tel quel le premier alinéa de l'article 18 du Code actuel. Il y a, c'est certain, une nette amélioration à faire d'un article venant un peu trop tard dans le Code actuel et devenant le tout premier article d'un futur Code civil. Mais puisqu'on était en si bonne voie, pourquoi ne pas avoir écrit : "Toute personne humaine possède la personnalité juridique"? Rien ne s'y opposait. À moins qu'il n'y ait quelque savante distinction entre un être humain et une personne humaine... Le parallèle voulu avec l'article 2 n'en eût été que mieux accentué. Cet article 2 parle des personnes morales en disant : "La personnalité juridique est accordée aux personnes morales créées conformément à la loi". La tournure passive et le participe passif ("accordée") à propos de la personne morale fait un parfait pendant à la tournure active et au verbe ("possède") à propos de l'être humain. Mais si on s'était exprimé en termes de personne humaine, le parallèle eût été plus accentué. Et le Projet aurait eu l'immense avantage de mentionner la personne humaine, pivot de tout son Livre premier, dès le premier article et aux premiers mots de ce livre premier.

Si l'on intitulait les codes à partir de leurs premiers mots, comme on fait des encycliques, on ne trouverait pas sans intérêt que le Code civil du Québec s'intitule "La personne humaine". Mais, dans les faits, même si les premiers mots ne servent pas de titre, ils ont une indéniable valeur symbolique et pédagogique. Car ce sont ces premiers mots qui seront retenus plus que les

autres. Un Code civil qui commence par les mots "Toute personne humaine" s'annonce déjà non pas comme une compilation de lois, mais comme un ensemble ordonné, présidé par une logique, comme un édifice intellectuel qui montre bien sa clef de voûte dès le départ.

Il faut peut-être même remonter plus haut que l'article premier. Le titre du Livre premier du Projet se lit : Des personnes. Le Titre premier est De la personnalité juridique, et le chapitre premier est intitulé : De la jouissance des droits civils. Il y a dans ces trois titres un triple piège pour le citoyen moyen. C'est à lui, pourtant, que le Code est destiné, à moins qu'un Code ne soit rien de plus qu'un message codé que le législateur passe au juge par-dessus la tête des justiciables!

Le premier titre dit : Des personnes. Le citoyen ne pense alors spontanément qu'aux personnes humaines qui sont, pour lui, les seules personnes existantes, alors que le titre veut englober aussi les personnes morales. Les deux autres titres supposent une subtile distinction, que le citoyen moyen ne peut pas voir, entre "jouissance" et "exercice" des droits civils. Un remaniement bien peu complexe du Projet pourrait donner au Livre premier le titre "De la personne humaine", renvoyer dans un nouveau Livre deuxième tout ce qui traite des personnes morales et établir les concordances nécessaires pour que, au Livre Des personnes morales, il soit dit qu'elles ont des droits civils et un droit au respect de leur vie privée analogues, mutatis mutandis, à ceux dont jouit la personne humaine.

Le nouveau Code annoncerait alors dès le départ et avec limpidité que, pour lui, la personne humaine et la personne morale ne participent pas toutes deux d'un concept de personne qui les dépasserait l'une et l'autre. C'est le concept de personne, réalisé dans la personne humaine, qui a permis qu'on parle de personne morale, tant et si bien qu'il ne serait même pas nécessaire de dire "personne humaine", ce qui ressemble à un pléonasme, s'il n'y avait pas eu invention de l'expression "personne morale".

En résumé, le Livre premier du Projet met en bonne place l'expression "personne humaine", mais il gagnerait à l'employer déjà dans son titre et au début de son tout premier article. La valeur pédagogique du Code

s'en trouverait grandement accrue, ce qui veut dire qu'il remplirait un peu mieux sa fonction de Code.

Le mot "personne" ne revient, après le livre premier, que très rarement dans le reste du Projet. C'est normal, mais sans tomber dans le bavardage, le Projet devrait rappeler discrètement, en des points stratégiques, qu'il est charpenté et orienté par le concept de personne. Il le fait, par exemple, au Livre quatrième traitant Des biens, en disant que "les biens sont les droits personnels et réels d'une personne". Mais, au lieu de parler de fiançailles au premier article du Livre De la famille, il aurait pu établir un lien avec la personne, et il suffirait de très légères retouches pour que des liens du même ordre, au premier article dans chaque cas, soient évoqués dans les Livres Des successions, Des obligations, De la preuve, De la prescription, De la publication des droits et Du droit international privé, où il est toujours forcément question des droits et devoirs de personnes.

Il reste, cependant, que ce ne sont pas seulement la récurrence et la place du mot "personne" dans un Code qui disent sa philosophie à l'égard des personnes. Ce sont surtout les prédicats de ce mot. C'est à travers eux qu'un Code reflète un ordre culturel et révèle les orientations qu'il entend imprimer au comportement social.

En logique, le prédicat est "le second terme d'une énonciation où il est possible de distinguer ce dont on parle et ce qu'on en affirme ou nie". En linguistique, il est "ce qui, dans un énoncé, est affirmé à propos d'un autre terme". Ces deux définitions viennent tout simplement du Petit Robert, mais elles fixent clairement les règles du jeu auquel il est intéressant de se livrer dans les textes du Projet de Code et du Code civil actuel.

Si on ne retient que les cas où les livres premiers de ces deux textes parlent de la personne en général, c'est-à-dire ceux-là seuls où quelque chose de déterminant peut être dit sur la personne humaine, on se rend compte qu'il y a huit prédicats dans le Projet (aux art. 4, 12, 14, 15, 32, 57 et 112) et trois dans le Code (aux art. 19, 327 et 336b). Chaque fois, le texte révèle tout un ordre culturel sous-jacent et soulève des problèmes de fond. On peut regrouper ces articles autour de quatre prédicats majeurs : la personne "est titulaire" d'un patrimoine et de droits et devoirs extra-patrimoniaux; elle "est inviolable" ; elle "a un nom" ; et elle "est capable" de poser tous les actes de la vie civile.

a) Pour l'article 4 du Projet, "toute personne est titulaire d'un patrimoine composé de l'universalité de ses biens et de ses dettes. Elle est aussi titulaire des droits et devoirs extra-patrimoniaux propres à son état". Cette façon de s'exprimer, en parlant des biens et dettes d'abord et en considérant comme simplement "extra-patrimoniaux les autres droits et devoirs, révèle un ordre de priorités qui fait des biens matériels le point de référence des autres. Cela semble, pourtant, en nette contradiction avec les efforts déployés par tout le reste du Projet pour donner la priorité à la personne. Le président de l'Office de révision souligne très justement ces efforts dans la préface du Rapport : "On a souvent dit du Code civil qu'il était un code de propriétaires et de rentiers, davantage préoccupé de la protection du patrimoine que du respect des droits de la personne humaine. Aussi a-t-on voulu que la reconnaissance du rôle de la personne humaine, l'affirmation et la protection de sa dignité fussent l'un des traits saillants du Projet"(1).

On ne peut dès lors que s'étonner de l'ordre suivi par l'article 4 du Projet et du vocabulaire employé. Il fallait d'abord parler des droits et des devoirs rattachés intrinsèquement à la personne elle-même dans ce qu'elle a de plus intime (droit à la vie, droit à l'intégrité, droit au nom, droit au respect de la vie privée, liberté de conscience, liberté professionnelle, liberté de mouvement, devoir du respect des mêmes droits chez autrui, etc.) et ensuite seulement parler des biens et des dettes. Il fallait aussi trouver une façon moins négative, moins résiduaire, de désigner ces droits et devoirs situés en dehors du patrimoine. Les définir par cette situation extérieure au patrimoine, c'est donner préséance à celui-ci et en faire la norme pour parler du reste.

On pourrait envisager l'hypothèse, sujette à vérification et à critique, d'une formulation rejoignant à peu près la suivante : "Toute personne est titulaire de droits et devoirs intrinsèques, (c'est l'expression employée par la Charte des droits et libertés de la personne) destinés à sa protection, son épanouissement et ses bonnes relations avec autrui (on ajoutera "propres à son état" si on tient absolument à parler en même temps de personne humaine et de personne morale). Elle est aussi titulaire d'un patrimoine composé de l'univeralité de ses biens et de ses dettes".

b) Pour l'article 15 du Projet, "La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi". Cet article reprend textuellement l'article 19 du Code civil. Parmi les droits inviolables de la personne, trois sont explicités par trois articles du Projet où l'expression "toute personne" reçoit un prédicat :

"Toute personne a droit au respect de sa vie privée" (art. 12) ;

"Toute personne a droit d'accès aux dossiers qui la concernent, dont la tenue est prescrite par la loi" (art. 14, al. 1er) ;

"Toute personne a droit au respect de son nom" (art. 57).

Il est difficile de ne pas être d'accord avec ces énoncés. Mais il faut regretter qu'aucun article du Livre premier du Projet n'énonce explicitement de façon lapidaire le principe de la responsabilité qui doit nécessairement contrebalancer celui de l'inviolabilité et du respect des droits. Il est bien vrai que l'article 4 parle "des droits et devoirs extra-patrimoniaux" et que, au Livre cinquième Des obligations, l'article 94, directement inspiré de l'article 1053 du Code civil, rappelle que "Toute personne, douée de discernement, est tenue de se comporter à l'égard d'autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable". Il est bien vrai aussi que l'article 301 de ce même Livre cinquième stipule que "Nul ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour atteinte à la personne, sous réserve des dispositions expresses de la loi". Mais ces énoncés viennent tardivement dans le Projet et n'ont pas du tout la portée qu'aurait un rappel de la responsabilité comme contrepartie indispensable de l'inviolabilité. Si l'article 117 du Livre premier du Projet, qui reproduit pour l'essentiel l'article 1007 du Code civil, prend la peine de dire que "Le mineur est responsable du préjudice qui résulte de ses délits et quasi-délits", on ne voit pas pourquoi ce même rappel de la responsabilité, sous une autre forme peut-être, ne serait pas inséré parmi les dispositions générales du titre consacré à la personne humaine.

Cette absence est éloquente. D'un ordre culturel où le droit s'appliquait à protéger la société contre les abus et les préjudices pouvant venir de l'individu, nous sommes passés à l'ordre culturel inverse où le droit s'applique à protéger la personne contre les atteintes pouvant surgir de la société. Le Projet de Code civil ne fait que bien refléter les tendances du milieu.Mais, s'il s'appliquait à parler aussi, et en bonne place, de la

responsabilité de la personne humaine, il exercerait une influence bénéfique sur l'inconscient collectif, et c'est, aussi, le rôle d'un code.

c) Pour l'article 32 du Livre premier du Projet, "Toute personne humaine a un nom composé d'un nom patronymique et d'au moins deux prénoms qui lui sont attribués dans l'acte de naissance". À la lecture du Livre premier du Projet, on est frappé par la récurrence du mot "nom", 61 fois, à quoi il faut ajouter les 21 mentions du mot "prénom", lorsqu'il s'agit de personnes humaines. Sur ce point, le Projet rassemble de façon organique certains éléments de droit dispersés dans quelques articles du Code civil, de la Loi du changement de nom(2), de la Loi de l'adoption(3), de la Loi électorale(4), de la Loi du notariat(5) et dans certaines coutumes qui les complètent. Le Code civil actuel n'a pas de titre ni même de chapitre consacré au nom.

Cette innovation proposée par le Projet révèle un changement important de mentalité. Le nom est perçu plus que jamais comme l'expression sociale de la personne. On ne peut pas le laisser s'altérer au hasard des circonstances, il ne doit pas contredire les exigences raisonnables de qui le porte, et la société a le droit et le devoir de le connaître et de l'utiliser avec exactitude et justesse. En accordant autant d'importance au nom, le Projet de Code civil se situe au point charnière entre l'intime de la personne humaine et ses relations avec les autres. C'est là que se situe le nom, et c'est là que se situe un élément majeur de l'ordre culturel contemporain.

d) Enfin, pour l'article 112, "Toute personne devient à sa majorité pleinement capable de tous les actes de la vie civile, sous réserve des dispositions expresses de la loi". L'article 113, qu'il faut lire tout de suite, va même jusqu'à dire que "Le mineur est capable de contracter, sous réserve des dispositions expresses de la loi". Le changement de langage est de taille. Quand on parle de la personne humaine, on ne dit plus simplement d'elle qu'elle est "admise" ou "recevable" à "provoquer l'interdiction" d'un parent, d'un conjoint ou d'un allié (art. 327 et 336b C.C.). Le Projet met à découvert les racines mêmes du droit d'agir en société : la personne, en tant que personne, est capable de tous les actes de la vie civile, elle en devient pleinement capable à sa majorité, mais elle est déjà capable de contracter dès sa minorité.

C'est cette conception qui a amené, également, le Projet à abandonner l'expression "incapables" pour désigner certaines personnes ayant besoin d'une protection particulière de la part de la société. Le langage du Projet est très révélateur : la personne humaine est fondamentalement "capable" de poser tous les actes de la vie civile, mais certaines personnes ont besoin d'être "protégées". Cette dernière expression revient 23 fois dans le Livre premier du Projet, et elle est totalement nouvelle par rapport au Code civil actuellement en vigueur. Elle reflète un ordre culturel préoccupé de la protection des faibles et correspond bien à ce que la tradition juridique la plus ancienne, depuis le droit biblique et le Code d'Hammurabi et plus haut encore, considère comme la fin ultime de tout Code : venir toujours en aide à qui en a besoin sans jamais blesser sa dignité.

Si "le style, c'est l'homme", le Code civil, c'est toute une société. La façon de rédiger un Code, d'y faire revenir plus souvent un mot qu'un autre, de le placer ici ou là, d'en faire le sujet de tel prédicat préféré à tel autre, toutes ces opérations rédactionnelles sont avant tout culturelles. Les analyser, c'est découvrir une mentalité, et non pas tout simplement comprendre un texte.

Appliquée, dans le domaine des droits de la personne, au Code civil du Québec et au Projet issu de l'Office de révision chargé de le remanier en profondeur, cette constatation amène aux conclusions suivantes :

1- Marqué par les préoccupations d'aujourd'hui envers le respect de la personne humaine, le Projet accorde une place prépondérante et un rôle prioritaire au mot "personne" ;

2- Marqué par une société qui n'explicite pas toujours les liens entre la notion de personne humaine et des réalités comme la famille, les successions, les biens et les obligations, le Projet oublie vite et un peu trop le mot "personne" dans les Livres qui suivent le premier ;

3- Forçant un peu la réalité et le langage courant, le Projet préfère parler des personnes en général, quitte à faire, quand il se doit, les distinctions qui s'imposent, plutôt que de consacrer un Livre à la personne humaine et un autre aux personnes morales ;

4- Marqué par une société qui sort à peine de l'ère de prépondérance du patrimoine, des propriétaires, des rentiers et des patrons, le Projet ne trouve d'autre mot que "extra-patrimoniaux" pour parler des droits et devoirs intrinsèques de la personne ;

5- Plus soucieux, à l'image des évolutions culturelles récentes, de souligner les droits de la personne que de rappeler qu'elle est responsable de ses actes, le Projet ne parle que secondairement de la responsabilité de la personne, du moins dans les dispositions générales, et sans lui dédier un article aussi lapidaire que celui qu'il consacre à son inviolabilité ;

6- Influencé par la contestation de l'emploi du nom de l'époux pour désigner la femme mariée, par la multiplication des divorces qui rendent moins opportune cette coutume, par le phénomène de la transsexualité qui réclame le plus souvent des changements de prénom, et, d'une façon générale, par une société qui tient de plus en plus à ce que le nom exprime la personne elle-même et non ses antécédents ou ses alliances, le Projet accorde au mot "nom" une place prépondérante, tout à fait innovatrice par rapport au Code civil actuel ;

7- Enfin, comme la société où il a pris corps, le Projet se montre très susceptible quand il s'agit des faibles et des démunis et il multiplie les expressions comme "personne protégée" et "capable, sous réserve", là où on parlait autrefois d'"individus", de "mineurs" et d'"incapables".

Le Projet emploie un langage nouveau parce que des valeurs ont été récemment dégagées, mais son langage reste à parfaire parce que ces valeurs ne sont pas encore pleinement assimilées. Si le Projet affine son langage et explicite ses valeurs, il ne s'en rapprochera que davantage de la conception idéale qu'on peut se faire d'un Code, en y voyant, "au-delà des règles qu'il porte, le reflet d'ensemble d'un ordre culturel"(6).

NOTES :

1. Rapport sur le Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, vol. I., p. XXXI.

2. L.Q. 1965, chap. 77; L. R.Q., chap. C-10.

3. L.Q. 1969, chap. 64; L.R.Q., chap. A-7.

4. L.Q. 1965, chap. 12; L.R.Q., chap. E-3.

5. L.Q. 1968, chap. 70; L.Q. 1973, chap. 45; L.R.Q., chap. N-2.

6. Michel SPARER et Wallace SCHWAB, "Rédaction des lois. Rendez-vous du droit et de la culture", in Dossiers du Conseil de la langue française, Études juridiques, Éditeur officiel du Québec, 1980, p. 118. La présente communication doit à cet ouvrage les principaux éléments de sa grille d'analyse.

M. René Hurtubise :

Je pense que c'est fort intéressant d'avoir pu écouter les propos d'un non-juriste.

J'invite maintenant le professeur Rainer Frank de l'Université d'Augsbourg à nous adresser la parole.

M. Rainer Frank :

Il s'agit de voir dans quelle mesure le droit civil protège ou devrait protéger la personnalité de l'individu, dans quelle mesure l'honneur et la réputation, la vie privée, le nom, l'image, l'adresse, l'oeuvre créatrice méritent une protection.

Vu l'objet particulier de ce colloque, je voudrais tout d'abord envisager comment un législateur - dans le cadre d'une codification - peut, sur le plan de la technique législative, maîtriser ce thème pourtant vague.

Doit-il tout simplement protéger la personnalité par une sorte de clause générale et laisser aux juges le soin d'appliquer, en le concrétisant, un tel droit, ou bien doit-il essayer de mettre tout de suite à la disposition du juge des mesures nettes, cela par des réglementations détaillées?

Il est vain de chercher dans le Code civil allemand (B.G.B.) de 1900 une disposition qui garantit la protection de la personne humaine ou de la personnalité. Cela n'est pas exceptionnel : il y a peu de temps encore(1), le Code civil français ne contenait aucune disposition spécifique relative à la protection de la personnalité. Il en va de même pour la plupart des autres systèmes juridiques européens(2).

Néanmoins, la réglementation du B.G.B. se distingue fondamentalement des autres systèmes juridiques déjà dans ses dispositions. La plupart de ceux-ci contiennent en effet, à l'image du Code civil français (art. 1382, 1383), une disposition générale d'ordre délictuel qui énonce que chacun est tenu de réparer le dommage causé illégalement, et par sa faute, à autrui(3).

Une telle disposition générale autorise les tribunaux à allouer des dommages-intérêts en cas d'atteinte à l'individualité physique et même à l'individualité non physique. Une telle norme ne dit pas quelles sont les limites précises de l'obligation de réparer. Sa concrétisation demeure réservée à la jurisprudence.

En ce qui concerne le droit allemand, le législateur de 1900, en s'inspirant du droit français(4), a beaucoup hésité à accorder aux tribunaux une large liberté de décision. On essaya donc d'exposer dans la loi même, par des dispositions les plus concrètes et détaillées possibles, les cas où existe, ou non, l'action en réparation. Ainsi, l'article 823, alinéa 1er du B.G.B. n'énonce pas que celui qui cause, intentionnellement ou par imprudence, un préjudice à autrui est tenu à réparation. Cet article énonce seulement que celui qui, volontairement ou non, porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé ou à la liberté d'autrui, doit réparation. On ne parle pas de droits de la personnalité. Il s'ensuit donc, textuellement, que le B.G.B. ne souhaitait pas imposer une protection délictuelle générale des droits de la personnalité. Il serait, cependant, faux de supposer que le législateur de 1900 a volontairement négligé de protéger la personnalité.

À la suite de débats détaillés, on était, en fait, parvenu à l'idée que les droits de la personnalité pouvaient être suffisamment protégés par une série de mesures individuelles. Ainsi, l'article 823, alinéa 2 du B.G.B. énonce que celui qui viole une loi ayant pour but la protection d'une autre personne doit réparation. De telles "lois de protection", qui obligent à réparation en matière civile, sont pourtant incluses dans le Code pénal. Celui qui se rend coupable d'injures, de diffamation ou de calomnie doit donc réparer le préjudice qu'il a causé.

Le droit allemand contient aussi des dispositions particulières protégeant le nom (art. 12 B.G.B.), le droit à l'image (art. 22-24 de la Loi sur les droits d'auteur) et la réputation commerciale (art. 824 B.G.B.). Enfin, l'article 826 du ... énonce de façon générale que tout dommage volontairement causé à autrui, en violation des bonnes moeurs, oblige à réparation. Le B.G.B. n'a pas établi de responsabilité générale pour imprudence ni pour atteinte à la personnalité par imprudence. Nous constatons donc que le législateur allemand de 1900 a suivi sa propre voie lors de la codification du droit des délits : il pensait, en effet, pouvoir s'en sortir sans

dispositions générales, et garantir la protection de la personnalité par une série de mesures particulières(5).

Mais il apparut bien vite que dans certains cas les tribunaux ne pouvaient plus, avec les instruments légaux existants, réprimer d'évidentes atteintes aux droits de la personnalité. Par exemple, dès 1908, le Reichsgericht(6) dut constater avec résignation les lacunes du système de protection juridique : à cause d'elles, il était impossible de prévenir la publication de lettres privées, de journaux intimes et autres notes confidentielles(7). Les tribunaux parvinrent, tout de même, à des résultats utiles en interprétant largement les dispositions légales existantes. Par exemple, les tribunaux d'instance utilisaient beaucoup le droit au nom, expressément reconnu par le B.G.B., et le droit à l'image, afin de pouvoir opposer, dans certains cas, une défense contre les romans à clé, les pièces de théâtre et les films révélant au public la vie privée des intéressés(8).

Après la deuxième guerre mondiale, les critiques contre la protection imparfaite et fragmentaire des droits de la personnalité s'amplifièrent, et cela pour deux raisons :

1. La Loi Fondamentale du 23 mai 1949 énonce dans son article 1er : "La dignité de l'individu est intangible. Tout État est tenu de la respecter et de la protéger". Cette loi garantit ensuite, dans son article 2, le droit au libre développement de la personnalité, dans la mesure où les droits des autres ne sont pas atteints et où l'on ne viole pas l'ordre constitutionnel ou la loi. On a fait valoir que, du fait que la Loi fondamentale proclamait en première place la protection de la dignité humaine, et dans son deuxième article, le libre développement de la personnalité, il semblait étrange que le B.G.B. ne prévoie pas d'obligation générale de réparer à l'encontre de celui qui porterait atteinte à une de ces valeurs.

2. Depuis le début du siècle, les connaissances techniques ont considérablement évolué. Aujourd'hui, les téléobjectifs, les dispositifs d'écoute téléphonique, les magnétophones, etc., permettent une intrusion dans la sphère privée d'autres personnes, ce qui, jadis, n'était pas concevable. En même temps, les mass-médias, (presse, films, radio et télévision) ont favorisé une large diffusion, ce qui aggrave les répercussions des atteintes à la personnalité qui n'auraient pas été imaginables il y a seulement une génération.

Mais le législateur ne tint pas compte de la modification de ces relations. Ce fut la plus haute juridiction civile allemande (la Cour fédérale = BGH) qui, dans une décision célèbre du 25 mai 1954(9), constata que la modification de la situation constitutionnelle imposait une correction de l'article 823 al.1er dans le sens d'une évolution jurisprudentielle. Contrairement à son texte même, l'article 823 du B.G.B. serait à interpréter comme visant non seulement la vie, l'intégrité corporelle et la liberté, mais aussi les droits de la personnalité. Cette décision fit grand bruit, non pas parce que sa solution - la reconnaissance générale des droits de la personnalité - était désapprouvée, mais parce que l'ordre judiciaire avait imposé une réforme qui, selon la tradition juridique allemande, aurait relevé du domaine de la loi.

Encore aujourd'hui, la doctrine parle parfois de violation du droit(10) par la Cour fédérale. Cette dernière s'en est, jusqu'à présent, tenue à sa jurisprudence.L'opposition en doctrine a été muselée entre-temps, du fait que le Tribunal constitutionnel fédéral(11) n'a pas contesté cette solution.

Ainsi, malgré le texte de loi contradictoire, on peut dire qu'en Allemagne les droits de la personnalité sont protégés par une disposition générale énonçant que celui qui, volontairement ou par imprudence, lèse un autre dans un droit de la personnalité, est tenu à réparation.

Il est intéressant de constater que, peu de temps après la décision fondamentale de la BGH de 1954, le 42^{e} Congrès des juristes allemands, qui s'est tenu en 1957, a suggéré de donner à cette jurisprudence un caractère légal(12). En 1959, le gouvernement fédéral soumit au Bundestag un "Projet de loi sur la réorganisation de la protection civile de la personnalité et de l'honneur"(13). Ce Projet, fondé sur la nouvelle jurisprudence de la BGH, devait seulement mettre le texte de loi en harmonie avec la solution jurisprudentielle. Mais une opposition s'éleva aussitôt, du fait que le projet de loi ne se contentait pas d'une disposition générale, mais, au contraire, contenait une profusion de réglementations isolées. De tous côtés, les critiques se firent de plus en plus violentes ; c'est pourquoi on abandonna finalement l'idée d'une codification de la protection en matière de droits de la personnalité.

Aujourd'hui, la doctrine est unanime pour dire que la mise en oeuvre concrète des droits de la

personnalité est mieux placée entre les mains de l'ordre judiciaire(14).

En bref, on peut affirmer que, durant ces dernières décennies, la BGH a résolu avantageusement le problème du développement et de la délimitation juridique de la protection de la personnalité, et cela avec beaucoup de prudence et de circonspection.

Aujourd'hui, plus personne n'est dérangé par le fait que les règles du droit allemand en matière de protection des droits de la personnalité proviennent de la plus pure source judiciaire.

Dans une deuxième partie, je voudrais revenir sur la question de savoir quels moyens juridiques le droit allemand procure en cas d'atteinte coupable à un droit de la personnalité(15).

De façon générale, le débat sur la reconnaissance des droits de la personnalité a été durant longtemps conduit sur le terrain délictuel : tout le monde est, donc, unanime pour reconnaître l'existence d'un droit à réparation à celui qui a été lésé dans un droit de la personnalité.

En droit allemand, qui dit "droit à réparation" dit avant tout "droit à réparation du dommage matériel". Ainsi, si la victime peut prouver que, du fait de l'atteinte à un droit de la personnalité, elle a subi un préjudice dans sa réussite professionnelle, elle peut exiger réparation. L'auteur de l'atteinte doit tout simplement rétablir la situation qui existait avant l'arrivée de l'événement constitutif de l'atteinte (restitution en nature). Celui qui a été atteint dans son autorité par des affirmations mensongères peut alors exiger du coupable leur rectification ou leur rétractation ; il peut imposer la destruction de photos prises sans autorisation ou l'effacement d'enregistrements sur bandes magnétiques effectués à son insu.

Cependant, on sait que bien souvent, en cas d'atteinte à la personnalité, il n'apparaît pas de préjudice matériel, ou que celui-ci est difficile à démontrer. La BGH, par exemple, a dû trancher deux cas relatifs à la vente d'excitants sexuels. Dans le premier cas, il s'agissait d'une publicité composée à l'aide d'un cavalier

de tournoi qui n'était pas au courant, et dont le visage était facilement reconnaissable(16). Dans le second cas, un professeur de droit avait été mentionné, sans même le savoir, dans un prospectus vantant un "philtre d'amour" asiatique à base de racines magiques de ginseng(17).

Dans aucun des deux cas, la victime n'avait subi de préjudice matériel. La Cour fédérale se demanda quand même si le dommage ne pouvait pas être pris en compte, abstraitement, par la fiction d'un contrat de licence : on attribuerait à la victime, comme réparation, la somme qu'elle aurait pu exiger si elle avait été d'accord qu'on publie son image ou son nom(18) (rétribution habituelle de licence). Mais la BGH déclina cette solution, parce qu'on ne devait pas poser, en préalable, l'assentiment de l'intéressé à une publication qui le rendait ridicule.

La question était donc, en fait, de savoir comment et dans quelle mesure le dommage moral subi par la victime pouvait être réparé. Il est intéressant de constater que la plupart des droits européens ne distinguent pas entre dommage matériel et dommage moral(19). Le Projet de Code civil du Québec énonce lui-même, de façon très générale : "tout dommage matériel ou moral donne droit à réparation" (art. 293). Cette solution n'est pas évidente.

En Autriche(20) et dans les pays socialistes(21), aucune indemnisation pécuniaire ne doit être envisagée en cas d'atteinte à un droit de la personnalité, car l'attribution d'argent en cas de préjudice aboutirait à une économie des rapports juridiques de la personnalité et irait ainsi à l'encontre de l'idée fondamentale de droit général de la personnalité.

En droit allemand, en cas de préjudice non matériel, un dédommagement en argent est exceptionnel : il peut être exigé seulement dans les cas expressément prévus par la loi (art. 253 B.G.B.). L'article 847 du B.G.B. réglemente ce cas exceptionnel ; il s'ensuit que des dommages-intérêts ne peuvent être attribués qu'en cas d'atteinte corporelle ou relative à la santé, ou bien en cas de privation de liberté. Le dommage causé par la violation d'un droit de la personnalité ne peut être réparé en argent. Déjà, en 1900, on peut lire comme argument la phrase suivante : "D'après l'opinion populaire, il n'est pas honorable de se laisser racheter des offenses par de l'argent, et celui qui cherche à réparer une atteinte par

une action pécuniaire a peu d'honneur à perdre"(22). Cependant, en 1958(23), (quatre ans, donc, après s'être exprimée en faveur d'une protection délictuelle générale des droits de la personnalité), la BGH attribua des dommages-intérêts à la victime d'une atteinte à un droit de la personnalité. La décision était aussi révolutionnaire que la reconnaissance générale des droits de la personnalité, car elle allait complètement à l'encontre du texte même de la loi. Il est aujourd'hui inutile de s'opposer à cette jurisprudence, confirmée d'ailleurs par le Tribunal constitutionnel fédéral(24). Il demeure cependant inhabituel, en droit allemand, que la large protection dont jouissent aujourd'hui les droits de la personnalité se soit développée de façon purement jurisprudentielle, sans que le législateur ait modifié d'un iota le texte initial.

Il est heureux que le droit civil allemand assure aujourd'hui une protection efficace contre les atteintes aux droits de la personnalité. Mais certains phénomènes annexes donnent à réfléchir. Ainsi, il n'est pas rare que les tribunaux, en cas d'atteinte par la presse, la radio, la télévision, attribuent des dommages-intérêts de DM 50 000. (25). Ces sommes se situent plutôt en dessous de ce qui est accordé dans d'autres systèmes juridiques. Mais il est anormal que la jurisprudence allemande attribue des sommes souvent faibles(26) en cas de dommages corporels qui, pourtant, entraînent souvent des déformations externes durables ou des incapacités permanentes. Il faut remarquer en outre que, jusqu'à présent, les dommages-intérêts importants accordés pour des atteintes à un droit de la personnalité l'ont été, avant tout, à des personnes très connues du public (peintres, politiciens, scientifiques)(27). Actuellement, en Allemagne, on est généralement d'avis que la jurisprudence a bien maîtrisé le problème des droits de la personnalité. Mais quand même, le législateur se devait d'intervenir dans certains domaines. En 1977, une Loi de protection contre l'usage abusif de renseignements personnels (Bundesdatenschutzgesetz) a été votée.Son objet est, par la protection des données relatives aux personnes contre leur usage abusif, de prévenir le préjudice des intéressés (art. 1 al.1er de la Loi fédérale sur la protection des données). Cette loi sert à la protection de la personnalité dans un domaine très important. Elle veut avant tout prévenir les atteintes, mais ne contient elle-même aucune disposition relative à la réparation du dommage. On en reste donc, pour l'instant, à la réglementation générale de l'article 823 al.1er du B.G.B. Mais depuis peu, on a mis en chantier des projets de réforme. Leur but est de réglementer, de façon spéciale, l'obligation de réparation en cas de violation de la Loi fédérale sur la protection

des données (28). Il est prévu que la victime pourra obtenir des dommages-intérêts, même en l'absence de faute de celui qui a causé le préjudice. Il faut en outre définir dans quelles conditions les préjudices non matériels sont réparables.

En conclusion, je voudrais revenir sur la réglementation du Projet de Code civil québécois. L'article 12 du Projet énonce : "Toute personne a droit au respect de sa vie privée". Cette disposition correspond, en substance, à la défense générale des droits de la personnalité que l'on trouve aujourd'hui dans les systèmes juridiques d'Europe continentale. À la suite de l'article 12, le Projet de Code civil du Québec énonce à l'article 13 une série d'atteintes concrètes aux droits de la personnalité, il ressort des commentaires que ce ne sont que des exemples et non une réglementation exhaustive. Ici, comme en droit allemand, il y a une gêne évidente à confier la défense de la personnalité à la jurisprudence. Je doute que la désignation, à titre d'exemples, de quelques cas d'atteinte aux droits de la personnalité soit, pour elle, d'une grande aide.

L'étude comparative prouve en tout cas que la protection des droits de la personnalité par le législateur ne peut être formulée que de façon très générale. La majeure partie du poids de la défense des droits de la personnalité repose sur les épaules de la jurisprudence.

NOTES :

1. C'est seulement la loi du 17 juillet 1970 qui a insérê au Code civil un nouvel article 9 dont l'alinéa 1er énonce de manière très générale : "Chacun a droit au respect de sa vie privée".

2. Cf. von Caemmerer, "Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht", Mélanges pour Fritz von Hippel, 1967, p. 27 et s.

3. Cf. Art. 1295 du Code civil autrichien ; Art. 41 du droit suisse des obligations ; Art. 2043 du Code civil italien ; Art. 914 du Code civil grec.

4. Cf. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, tome II, p. 724 et s.; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, tome II, (1898), page 571.

5. Von Gierke et Kohler, par exemple, se sont exprimés en faveur d'une protection délictuelle des droits généraux de la personnalité, en particulier du droit à l'honneur et du droit à une sphère d'intimité. Von Gierke, Deutsches Privatrecht, tome I, 1895, p. 707 et Kohler ArchbürgR 7 (1983), 94.

6. RG du 7.11.1908 RGZ 69,401, à la p. 403, concernant les lettres de Nietzsche.

7. Excepté que les publications, comme oeuvre originale de l'esprit, fondent un droit d'auteur ; cf. aussi RGZ 41,43 concernant les lettres de Richard Wagner.

8. Cf, von Caemmerer, précité, supra, note 2, 27, à la p. 30 ; le même, Wandlungen des Deliktsrechts, in : Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, tome II, 1960, p. 137 et s.

9. BFHZ 13,334 et s.

10. Cf. Larenz, NJW 1955,521 et s.

11. Cf. BVerfGE 30,173 et s., 194-195 ; BVerfGE 34,118 et s., 135-136 ; BVerfGE 34,238 et s., 246-247 ; BVerfGE 34,269 et s., 282 ; cf. en outre Stoll, "Der Persönlichkeitsschutz in der neuesten Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung", Jura, 1981,135 et s.

12. Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Düsseldorf 1957, tome II, Tübingen, 1959, p. D 152.

13. Bundesratsdrucksache 217/59 ; Bundestag 3ième Wahlperiode Drucksachen 1237 (1959).

14. Cf. par ex. KG JW 1928,363 ; aussi von Caemmerer, précité, supra, note 2, p. 27.

15. Voir résumé global de Schlechtriem, Inhalt und systematischer Standort des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, DriZ 1975, 65 et s. et Schwerdtner, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JUS 1978, 289 et suiv.

16. BGH du 14.2.1958, BGHZ 26,349 et s.

17. BGH du 19.9.1961, BGHZ 35,363 et s.

18. BGHZ du 19.9.1961, BGHZ 35,363 et s.

19. Cf. avant tout, pour le droit français, Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, tome II 1969, p. 415 et s.

20. Koziol-Welser, Grundrisz des bürgerlichen Rechts, tome I, Wien, 1979, p. 368 ; Hans Stoll, Empfiehlt sicheine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden? Verhdlg. 45ième Deutscher Juristentag (1964), tome I, page 51,117 et s.

21. Püschel, Persönlichkeitsrecht unter dem Schutz des Künftigen Zivilrechts, NJ, 1967,726,758 ; Westen, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz im sozialistischen Recht, ROW, 11 (1967) 145 ; Zweigert/Kötz, précité, supra, note 19, p. 414.

22. Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes, Berlin, 1896, p. 98.

23. BGH du 14.2.1958, BGHZ 26,349 et s.

24. BVerfG du 14.2.1973, BVerfGE 34,269 et s.

25. Cf. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, p. 271 avec exemples ; cf. plus récemment le cas Böll-Walden : BGH NJW 1978, 1797 und BVerfGE NJW 1980,2072 (on demandait DM 100 000, le tribunal supérieur a accordé DM 40 000.

26. Cf. le rapprochement de jurisprudence de Hacks, montants des dommages et intérêts, ADAC-Verlag 1981 (par ex. fracture du bassin : DM 4 000, ; amputation

de deux doigts : DM 12 000, ; fracture de la hanche : DM 40 000, ; perte des deux yeux : DM 100 000.

27. Cf. Schwerdtner, précité, supra, note 25, p. 295 et s.

28. Simitis, Datenschutz : Von der legislation Entscheidung zur richterlichen Interpretation, NJW 1981,1967 (1701).

M. René Hurtubise :

J'invite maintenant madame Madeleine Caron, qui est directrice de la recherche à la Commission des droits de la personne du Québec, à nous présenter son exposé.

M^me^ Madeleine Caron :

> "Je suppose que dans toute société, la production du discours est à la fois contrôlée, sélectionnée, organisée et redistribuée par un certain nombre de procédures qui ont pour rôle d'en conjurer les pouvoirs et les dangers, d'en maîtriser l'événement aléatoire, d'en esquiver la lourde, la redoutable matérialité(1)."

Le langage juridique ne fait pas qu'exprimer des valeurs, il est en lui-même valeur. L'affirmation, dans le Code civil, que la personne humaine est inviolable est valeur, puisqu'elle crée des droits et des obligations dont on pourra forcer le respect. Par ailleurs, l'affirmation de l'inviolabilité de la personne humaine, malgré son caractère péremptoire, ne rend pas forcémdnt transparent le contenu de la règle juridique qu'on a voulu exprimer.

Pour en comprendre le contenu, il faut rattacher la règle lue à l'ensemble des règles, codifiées ou non, interprétées par la doctrine et la jurisprudence. Autrement dit, la règle codifiée, la plus simple soit-elle, est lourde d'un passé, d'un présent social qu'il s'agit justement de déchiffrer.

Je voudrais donner, dès maintenant, un exemple historique des écueils rencontrés à la lecture du discours juridique concernant la personne humaine. Il s'agit d'un exemple tiré du droit public, soit des décisions relatives à l'interprétation du mot "personne" dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* par rapport à l'accès des femmes au Sénat(2). Bien qu'une disposition de la loi permît aux "personnes qualifiées" l'accès à cette charge

---

* Note de l'éditeur: l'Acte de l'Amérique du Nord britannique porte maintenant le titre de Loi constitutionnelle de 1867 en vertu de la Loi constitutionnelle de 1982.

publique et que, parmi les qualités requises, il ne fût nullement question d'exigences reliées au sexe, la Cour suprême du Canada, en 1928, décida que les femmes n'étaient pas qualifiées pour accéder à cette fonction. Selon l'honorable juge en chef Anglin, parlant pour la majorité, il fallait interpréter le mot "personne" dans l'A.A.N.B. en rapport avec l'incapacité des femmes, en common law, d'accéder à des charges publiques. La simple utilisation du mot "personne" n'était pas, à ses yeux ni à ceux de ses collègues, suffisante pour modifier la règle, prétendue générale, de l'incapacité.

Saisi de l'affaire comme il pouvait l'être alors, le Comité judiciaire du Conseil privé infirma toutefois le jugement de la Cour surpême au motif que le terme "personne" était suffisamment ambigu pour comprendre les femmes lorsque la situation favorisait une telle interprétation(3).

Cet exemple tiré de notre histoire judiciaire pourrait contribuer à préserver des illusions faciles ceux qui, ayant participé à l'élaboration d'un Projet de Code civil pour le Québec, étaient convaincus que le respect de la personne pouvait être assuré par l'ensemble des règles ainsi codifiées. Cette conviction, le président de l'Office de révision du Code civil l'exprime bien dans la préface de son Rapport(4).

Le fait d'avoir énoncé à l'article premier que "tout être humain possède la personnalité juridique" procède, ajoute-t-il, "d'une volonté de placer la personne humaine, avec ses droits et ses devoirs, à la place d'honneur qui lui revient, en faisant d'elle la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques de droit privé".

Qui est une personne? Quels sont ses droits fondamentaux et comment sont-ils exprimés? Comment concilier les valeurs d'autonomie et d'égalité avec les valeurs de réciprocité et de responsabilité?

I DÉFINITION DE LA PERSONNE HUMAINE

Depuis 1971, l'article 18 du Code civil du Québec affirme que tout être humain a la personnalité juridique. L'article ler de la Charte des droits et libertés de la personne(5) énonce :

"Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité physique et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique."

L'affirmation de droits fondamentaux pour celui qui possède la personnalité juridique nous oblige, dans un premier temps, à nous demander s'il existe, en droit, une définition de la personne.

A L'acquisition de la personnalité juridique

a) En droit civil

Le principe selon lequel l'enfant non encore né est réputé être une personne chaque fois qu'il y va de son intérêt, à condition qu'il naisse vivant et viable, est reconnu en droit québécois.

Le Projet de Code civil reprend la formule en ces termes : "L'enfant conçu est tenu pour né pourvu qu'il naisse vivant et viable" (6). Dans le Code civil actuel, le principe se trouve au Titre Des successions, à l'article 608 :

"Pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession ; ainsi sont incapables de succéder :

1. celui qui n'est pas encore conçu
2. l'enfant qui n'est pas né viable."

Les tribunaux québécois ont eu à appliquer le principe de l'article 608 C.civ., en dehors même du contexte successoral(7), en accordant, par exemple, des dommagesintérêts à l'enfant né infirme à la suite d'un accident subi par sa mère durant la grossesse. Il est donc tout à fait normal que le Projet de Code civil ramène cette disposition au Livre des personnes. Cela signifie-t-il pour autant que le foetus est une personne?

Je ne crois pas que ce soit cette interprétation qu'il faille donner à une formule qui reprend la vieille maxime romaine infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur. Au contraire, cette

maxime a toujours signifié que, dès sa conception, l'enfant a une personnalité conditionnelle. Conditionnelle, puisqu'elle ne survient que si l'enfant naît vivant et viable(8).

Une autre disposition du Code civil actuel concerne le foetus. Sous le Titre De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, l'article 338 énonce que:

> "Les personnes auxquelles on donne des curateurs sont :
>
> 1. les mineurs émancipés en justice ;
>
> 2. les interdits ;
>
> 3. les enfants conçus mais qui ne sont pas encore nés."

L'article utilise le mot "personne" à propos des enfants conçus mais non encore nés. Il faut évidemment lire cette disposition en rapport avec l'article 608 et son interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Ce foetus, à qui l'on nomme un curateur, est réputé être une personne, pourvu qu'il naisse vivant et viable, selon l'interprétation traditionnelle. Cette disposition du Code civil relative à la curatelle au ventre n'apparaît plus dans le Projet de Code civil du Québec.

b) En droit pénal

Le droit pénal canadien qui, d'une part, prévoit des sanctions très dures en cas d'avortement, donne une définition de l'être humain à propos du crime d'homicide : "Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère"...(9).

Cette définition du droit pénal semblerait rejoindre, dans une certaine mesure, l'interprétation que l'on a pu donner aux dispositions du Code civil, à savoir que l'être humain possède la personnalité juridique dès le moment qu'il naît vivant et viable.

Ces interprétations ne sont, toutefois, ni suffisantes, ni satisfaisantes pour ceux qui s'interrogent sur ce qu'on a appelé, à juste titre, le caractère sacré

de la vie(10). L'existence embryonnaire appartient-elle à ce domaine du non-droit dont parle Carbonnier? Certainement pas, puisque, d'une part, on a vu que le droit civil reconnaît une existence conditionnelle à l'embryon et que, d'autre part, les lois sur l'avortement sont encore, du moins au Canada, très punitives.

Les juristes craignent d'aborder la question. Le juge Dickson de la Cour suprême du Canada, en guise d'introduction à la matière, énonçait ainsi son opinion dans l'affaire Morgentaler(11) :

> "Au départ, il me semble qu'il importe tout autant d'indiquer ce que la Cour n'est pas appelée à décider sur ce pourvoi que ce qu'elle est appelée à y décider. Elle n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement qui oppose en ce pays, aux deux extrêmes (i) ceux qui voudraient que l'avortement soit considéré en droit comme un acte purement personnel et privé, n'intéressant que la femme et son médecin, et dans lequel l'État n'a aucun droit légitime d'intervenir, et (ii) ceux qui parlent en termes d'impératifs moraux et, pour des motifs religieux ou autres, considèrent que provoquer l'avortement et la destruction d'un foetus, viable ou non, c'est accomplir la destruction d'une vie humaine et l'équivalent d'un meurtre."
>
> Le juge Dickson conclut en disant :
>
> "Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne suffit pas, en soi, à justifier l'avortement."

Dans l'affaire Morgentaler, l'appelant avait invoqué certains principes de la Déclaration canadienne des droits*, qui, comme on le sait, ne fait pas partie de la Constitution canadienne et qui a toujours été considérée par la Cour suprême comme une simple loi d'interprétation. L'honorable juge en chef Laskin, dans son opinion personnelle, rejette chacun de ces arguments : le

---

* Note de l'éditeur : devenue la Charte canadienne des droits et libertés, enchâssée dans la Loi constitutionnelle de 1982.

Parlement peut confier à des praticiens l'exercice d'un jugement sur l'interruption de grossesse sans aller à l'encontre de l'exigence de l'application régulière de la loi ; de plus, le principe de l'égalité devant la loi n'est pas mis en péril parce que les femmes de certaines régions ne peuvent bénéficier des comités d'avortement thérapeutiques ; enfin, ni les critères imprécis sur lesquels les comités basent leurs décisions, ni l'inexistence de révision de ces décisions, ni le fait que la femme ne puisse être entendue avant que soit prise cette décision ne constituent, aux yeux du juge en chef, des accrocs aux principes de la Déclaration canadienne des droits. Il y avait pourtant là des arguments de taille qui ont parfois été admis, dans d'autres circonstances, par la Cour suprême, notamment sur le droit d'être entendu(12).

Quand le juge Dickson affirme qu'il applique les valeurs qu'a proclamées le Parlement, il nous renvoie à notre propos qui est, justement, de nous interroger sur ces valeurs.

Ailleurs qu'au Canada, les plus hautes juridictions ont eu à se prononcer sur la conformité des lois sur l'avortement aux principes relatifs aux droits fondamentaux de la personne, principes découlant soit de la Constitution de ces pays proclamant des droits fondamentaux, soit des Pactes internationaux.

c) En droit constitutionnel comparé

La décision du Conseil constitutionnel français en date du 15 janvier 1975 (13) sur l'interruption volontaire de grossesse a frappé tous les commentateurs par la réserve manifestée par la Cour et par le refus de se prononcer sur les vraies questions en jeu(14). Le Conseil s'est borné à affirmer que la Loi relative à l'interruption de grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique.

De plus, alors que l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales était invoqué, le Conseil a refusé de se reconnaître compétent à se prononcer sur l'application à la loi française du principe qui y est reconnu, à savoir que "le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi".

Presque au même moment, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand rendait, le 25 février 1975, un jugement déclarant l'inconstitutionnalité de la loi du 18 juin 1974 libéralisant l'avortement, et cela, en se fondant sur les principes de la Loi fondamentale de 1949. Notamment, l'article 2 (2) de la Loi fondamentale prévoit que :

> "chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des restrictions ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi."

Malgré la portée restrictive de l'article 2 (2) de la Loi fondamentale, le Tribunal constitutionnel s'est prononcé de la façon suivante(15) :

> "L'obligation de protection de l'État interdit non seulement des interventions immédiates dans la vie qui se développe au sein de la mère, mais s'impose également à l'État de protéger et de favoriser cette vie. Cette obligation est également opposable à la mère. La protection de la vie reconnue au fruit des entrailles bénéficie d'une priorité sur le droit de la femme enceinte de disposer d'elle-même et cela pendant toute la durée de la grossesse."

Aux États-Unis, c'est par le truchement du XIV^{e} amendement que la question fut abordée(16). L'une des lois contestées ne permettait l'avortement que si, de l'avis d'un médecin, la vie de la mère était en danger ; l'autre, moins restrictive, permettait l'avortement, sur l'avis d'un médecin compétent, si la vie ou la santé de la mère était en danger, si le foetus présentait des risques de déficiences graves, ou si la grossesse résultait d'un viol.

Le juge Blackmun, rendant jugement pour la majorité, fait d'abord une déclaration d'impuissance en ce qui concerne le moment où commence la vie humaine :

> "Nous n'avons pas besoin, dit-il, de répondre à la difficile question de savoir à quel moment commence la vie. Alors que les spécialistes de la médecine, de la philosophie et de la théologie sont incapables d'en arriver à un consensus, les représentants de la

justice, dans l'état actuel des connaissances, ne peuvent se permettre de spéculer sur cette question."

Toutefois, malgré ces précautions préalables, on peut dire que le jugement de la Cour suprême dans Roe v. Wade est un cas où le pouvoir judiciaire a décidé qu'il était de sa responsabilité de se prononcer sur des valeurs telles que le respect de la vie, en essayant de concilier les droits en présence : ceux de la mère, ceux du foetus et, selon le tribunal, ceux de l'État comme protecteur de la mère ou de l'enfant à naître. L'on connaît les conclusions de la décision de la Cour suprême: la grossesse est divisée en trois périodes à peu près égales. Pendant les trois premiers mois, l'avortement est laissé à la décision de la femme et de son médecin. Pendant les trois mois suivants, l'avortement est autorisé mais l'État peut intervenir pour protéger la santé de la mère. Enfin, durant les trois derniers mois de la grossesse, for the stage subsequent to viability, l'État peut agir dans le but de promouvoir son intérêt dans la vie du foetus, il peut prescrire des conditions à l'avortement, et même l'interdire, excepté dans les cas où, de l'avis médical, il serait nécessaire pour préserver la vie ou la santé de la mère.

Ce jugement est important en ce sens que, contrairement aux autres décisions que nous avons citées, et sans doute à cause de l'importance de la Cour suprême des États-Unis dans l'interprétation de la Consitution américaine, il apprécie les droits en cause.

Premièrement, il reconnaît explicitement le droit pour la mère à sa vie privée et il souligne expressément les angoisses, les dangers et les difficultés rencontrées par une femme qui devient enceinte contre son gré.

Deuxièmement, il admet implicitement que la vie humaine est un processus et qu'un être humain ne devient pas une "personne" spontanément, mais par un long développement au cours duquel il devient autonome.

Troisièmement, il tente de concilier les principes du droit à la vie privée de la femme et du droit à la vie du foetus suffisamment développé. D'une part, la femme enceinte ne peut s'enfermer dans son droit à l'intimité pour réclamer, tout au long de sa grossesse, un

avortement, et, d'autre part, quand la vie humaine est suffisamment développée, cette vie-là doit être protégée.

Toutefois, une grande partie du problème est renvoyée à la responsabilité du corps médical. Appartient-il aux médecins d'être juges? Il nous semble que non. Les médecins sont là pour offrir des services, ceux que leur compétence leur permet de rendre, et non pas pour statuer sur le droit de la femme à obtenir un avortement.

Quelles sont les conclusions à tirer du discours juridique sur le respect de la vie du foetus ou de l'enfant à naître?

1. Il n'y a pas, en droit civil, de définition normative de la personne humaine.

2. En droit pénal canadien, il existe une définition normative de l'être humain : l'enfant sorti vivant du sein de sa mère. Toutefois, une interdiction totale de pratiquer l'avortement, en dehors de procédures strictes liées au jugement médical, y est prévue ; l'avortement pratiqué selon ces procédures peut l'être jusqu'au dernier mois de la grossesse.

3. Les tribunaux admettent que, même en l'absence de définition normative de la personne humaine, le respect de la vie en puissance est une valeur à sauvegarder.

4. Les tribunaux contitutionnels adoptent, quant au principe du respect de la vie, diverses attitudes :

   i) une attitude de réserve quant à l'application de normes qui pourraient mettre en péril des législations. Ce fut l'attitude du Conseil constitutionnel français au sujet de la loi de 1974. Ce fut aussi l'attitude de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Morgentaler ;

   ii) une attitude interventionniste pour affirmer des valeurs jugées supérieures et cela, en se fondant sur les principes de la Consitution.

> Ce fut l'attitude de la Cour de Karlsruhe qui a proclamé que la protection de la vie reconnue au foetus bénéficie d'une priorité sur le droit de la femme de disposer d'elle-même.
>
> Ce fut l'attitude de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Roe v. Wade où la Cour est allée le plus loin possible dans la détermination de la portée et de la limite des droits en cause, remplaçant, pour ainsi dire, le législateur et se substituant à lui.

Il est pratiquement impossible, dans l'état actuel des connaissances, de définir le moment où commence la vie autonome. Par conséquent, le problème du respect de la vie ne doit probablement pas être réglé par une définition de la personne humaine.

Cela veut-il dire que le droit civil ne doive pas s'intéresser au respect de la vie avant que l'enfant ne soit né vivant et viable? Je crois qu'il n'est plus possible, aujourd'hui, d'éviter ces questions. Comme le dit M.E. Keyserlingk dans sa remarquable étude écrite pour la Commission de réforme du droit(17) :

> "À une époque moins complexe, les choix qualitatifs qu'imposait la technologie étaient peut-être moins urgents et plus faciles à éviter. Aujourd'hui, cependant, dans des cas de plus en plus nombreux, ne pas choisir, c'est faire un choix.
>
> Si le choix de "qualité" (de vie) est fait par défaut, par les technocrates et les bureaucrates, parce que le reste du monde suppose qu'il suffit d'encenser un peu de temps en temps "l'autel du caractère sacré de la vie", il y a alors une mauvaise compréhension du principe et de nos responsabilités."

Je crois que le Code civil devra, tôt ou tard, contenir des règles visant à définir la situation juridique du foetus par rapport à ses géniteurs et particulièrement la mère. Comme le disait déjà Édith Deleury, il y a quelques années(18) :

> "Il ne s'agit pas en effet de reconnaître au produit de la conception la qualité de personne avec tous les

droits qui y sont afférents, mais plutôt d'organiser un régime juridique qui soit propre à la condition prénatale."

Mais avant d'établir ces règles, il faudra trouver des réponses aux questions suivantes, questions qui mettent essentiellement en cause nos valeurs.

- Faut-ii considérer l'éclosion de la vie comme un événement statique, ou plutôt comme un processus au cours duquel le foetus devient de plus en plus autonome?

- Si la caractéristique inhérente à la vie humaine personnelle est la présence d'une capacité minimale d'éprouver des sensations et de communiquer, le critère juridique de viabilité peut-il être rapproché de ce critère factuel et servir de guide pour déterminer les règles qui devraient s'appliquer à la vie prénatale?

B L'extinction de la personnalité juridique

Ni le Code civil québécois, ni le Projet de Code civil, ne prévoient de critères de détermination de la mort.

Comme l'indique la Commission de réforme du droit du Canada dans son Rapport sur le sujet(19), il existe trois solutions au problème :

" 1) Traiter le moment et la critériologie de la mort comme phénomènes purement médicaux, et les laisser à l'appréciation souveraine et exclusive de la médecine ;

2) Faire confiance au développement jurisprudentiel au cours des ans, pour sanctionner peu à peu certains critères médicaux et mener ainsi à une reconnaissance de la critériologie et du moment de la mort ;

3) Procéder directement par voie législative à définir les critères de la mort, pour les fins d'application des diverses règles de droit aux cas particuliers."

En 1866, point n'était besoin de tels critères, puisque l'on considérait une personne comme morte par la constatation de faits connus de tous, comme l'arrêt des fonctions cardiaques et respiratoires.

Le Projet de Code civil a mis de côté cette question, voulant laisser évoluer les connaissances médicales à ce sujet. Aujourd'hui, il serait opportun et pour le public en général, et pour le corps médical, d'avoir de la part du droit, une indication générale des critères qui peuvent être utilisés pour l'extinction de la personnalité juridique.

Cette indication des critères de la mort gagnerait à se trouver non pas dans des protocoles entre ministères et hôpitaux, ni dans un règlement adopté en vertu de la Loi sur la santé publique, mais bien dans le Code civil.

Comme le souligne le Rapport de la Commission de réforme du droit du Canada, la critériologie de la mort ne doit pas être déterminée uniquement et principalement à partir des pratiques conçues pour les greffes d'organes. Le Code civil contient déjà des dispositions visant à régir les conditions dans lesquelles doivent se faire les prélèvements et les transplatations d'organes.

À plus forte raison devrait-il établir les critères permettant de déterminer, et cela pour toutes sortes de fins, quand survient la mort de la personne(20).

II RESPECT DE LA PERSONNE ET DROITS DE LA PERSONNE

a) Le Code de 1866

Même avant 1971, où furent ajoutées les dispositions concernant la personnalité juridique et l'inviolabilité de la personne, le Code civil a pu servir d'instrument de protection des droits fondamentaux, du moins, des droits et libertés classiques, et cela, grâce à des développements jurisprudentiels favorables aux victimes d'atteintes à l'un ou l'autre de ces droits.

En premier lieu, notre article 1053, simple énoncé que toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à

autrui, a constitué une base juridique pour la réparation d'atteintes aux droits primordiaux de la personne et aux libertés publiques. On peut affirmer, à cet égard, que le Code civil québécois, par le biais de l'article 1053, faisait fonction de Charte des droits(21).

Qu'il s'agisse du droit à la vie et à l'intégrité physique, du droit à la liberté et à la sûreté de sa personne, du droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation et du droit à la vie privée, ou qu'il s'agisse des libertés publiques telles la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de réunion pacifique, la liberté de religion et la liberté de conscience, les tribunaux ont considéré comme une faute civile donnant lieu à réparation la violation de l'un de ces droits ou de ces libertés.

En second lieu, la notion d'ordre public, sous-jacente au droit des obligations, a pu constituer, parfois, un moyen d'obtenir justice en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.

C'est ainsi que l'article 760 du Code civil, considérant comme non écrite une condition testamentaire contraire à l'ordre public, a pu servir de fondement juridique pour faire annuler une clause déshéritant des enfants qui se marieraient en dehors de la religion du testateur.

Cette notion d'ordre public, toutefois, changeante comme la société dans laquelle elle s'insère, n'a pas toujours été efficace pour faire triompher les valeurs d'égalité entre les êtres humains sur une autre valeur, non exprimée mais omniprésente dans notre droit privé : celle de la liberté de commerce. Chaque propriétaire étant "maître chez-lui", peut-on lire dans certaines décisions, il peut exclure une personne de couleur de son établissement sans porter atteinte à l'ordre public.

Toutefois, c'est en invoquant que toute discrimination raciale est illégale, parce que contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs, qu'un refus de donner suite à un contrat de louage de choses a pu être jugé fautif(22).

Enfin, le droit à la libre jouissance de ses biens est certainement l'un des droits les mieux protégés

par le Code civil. Le droit de propriété et ses démembrements a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, mais, bien plus, c'est à partir des obligations des propriétaires adjacents que les tribunaux ont élaboré chez nous la théorie de l'abus de droit, reconnaissant ainsi un principe que l'on retrouve au préambule de la Charte des droits et libertés de la personne : que les droits et libertés de la personne sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général.

Il faut noter, cependant, que si nos tribunaux ont sanctionné l'obligation de s'abstenir de causer à autrui un préjudice dépassant les inconvénients normaux du voisinage et cela, même en l'absence de toute faute(23), ils sont encore bien timides pour appliquer cette notion en matière contractuelle où, par exemple, ils exigent la présence d'une intention malicieuse pour l'appliquer dans le domaine des relations de travail(24).

b) Le Projet de Code civil et la Loi portant réforme du droit de la famille

Si l'on peut affirmer que le Code civil de 1866 a permis de faire respecter certaines libertés fondamentales et certains droits primordiaux, on peut se demander quelles sont les valeurs nouvelles que le Projet de Code civil propose en ce qui touche le respect des droits fondamentaux.

Premièrement, le Projet de Code raffermit certains droits individuels dits classiques.

Ainsi, non seulement le droit au respect de la vie privée serait reconnu expressément, mais le Projet décrit les situations qui constituent une atteinte à ce droit.

Le Projet va encore plus loin en affirmant que l'atteinte à la vie privée n'est pas seulement l'intrusion dans l'intimité ou la diffusion de ce qui a été ainsi capté, mais qu'une forme courante d'atteinte à la vie privée consiste dans l'utilisation des dossiers et des fichiers personnels. C'est pourquoi le Projet propose que toute personne ait droit d'accès aux dossiers qui la concernent et dont la tenue est prescrite par la loi. Au cas où l'information contenue dans ces dossiers serait fausse ou non pertinente au but poursuivi par ceux qui la

détiennent, la personne concernée aurait droit de la faire supprimer ou corriger, sans préjudice de ses autres recours.

Outre cette disposition sur la vie privée, le Projet de Code reprend le principe de l'inviolabilité de la personne humaine, affirme des droits spécifiques en ce qui concerne les enfants, reconnaît expressément le droit au nom et prévoit des recours en cas d'usurpation de nom.

Enfin, si les dispositions relatives à la responsabilité civile sont maintenant présentées sous une forme nouvelle, il est certain qu'elles pourront continuer de donner lieu à des recours en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. Si ces droits fondamentaux existent - et, au Québec, ils sont consacrés par la Charte des droits et libertés de la personne - ils donnent lieu à une obligation correspondante, l'obligation légale de respecter les droits fondamentaux.

Ce principe est sans doute une des plus grandes richesses de notre droit civil(25). Il a inspiré les rédacteurs de la Charte des droits et libertés de la personne qui, à son article 49, énonce qu'une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

Si le Projet de Code civil apporte une protection supplémentaire aux droits fondamentaux classiques, c'est, toutefois, dans la reconnaissance des droits économiques et sociaux qu'il innove davantage.

Bien qu'il soit conçu pour s'appliquer aux relations d'ordre privé, le Projet de Code civil porte la marque des développements sociaux actuels, et de cette nouvelle génération de droits que sont les droits économiques et sociaux.

Le Projet de Code rompt, dans une certaine mesure, avec un certain libéralisme en reconnaissant que la liberté n'est pas un concept purement théorique, et qu'il existe un principe d'égalité entre les êtres humains qui doit se vérifier dans des situations concrètes car, autrement, "la raison du plus fort est toujours la meilleure".

On peut affirmer qu'il existe dans le Projet de Code civil une certaine reconnaissance des libertés dites concrètes, pour les opposer aux droits fondamentaux classiques.

En premier lieu, la théorie de l'abus de droit s'exprime maintenant très ouvertement : "Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'il peut en retirer". (art. 9 du Livre I).

En second lieu, la lésion entre majeurs est rétablie :

> "La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat." (art. 37 du Livre V).

Troisièmement, dans les cas exceptionnels,

> "le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'éxécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, par suite de "circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables". (art. 75 al.2 du Livre V). De plus, "la clause abusive d'un contrat est annulable ou réductible" (art. 76 du Livre V).

Quatrièmement, en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, le législateur vient de reconnaître(26) un principe qui n'était pas proposé dans le Rapport de l'Office et qui s'apparente aux droits que nous venons de mentionner :

> "Au moment où il prononce le divorce, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage."

Quelle serait la portée de ces modifications au droit civil, si elles étaient toutes adoptées? Tout dépend de l'application que voudront bien en faire les tribunaux. Des dispositions comme celles que nous venons de mentionner sont fondées sur la reconnaissance du principe que l'égalité théorique des êtres humains est souvent un mythe et qu'il faut mettre en oeuvre des mécanismes permettant de rétablir une égalité de fait. Par ailleurs, la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté sont des notions idéales qui ne tiennent pas compte de la réalité complexe dans laquelle se débattent trop souvent des êtres humains pas très clairvoyants et qui risquent de se faire exploiter.

Mais ces dispositions seront-elles adéquates pour rétablir l'égalité de fait?

Les inconvénients principaux de ces mesures correctrices sont qu'elles placeront les contractants dans l'incertitude et qu'elles obligeront les tribunaux à intervenir après le fait.

Or, les juges seront sans doute très réticents à donner une interprétation large et libérale à des notions qui viennent contrer les principes non écrits de notre vieux Code civil : liberté de commerce, libre entreprise, autonomie de la volonté.

Ainsi, la notion d'abus de droit, si elle est expressément inscrite dans notre Code civil, fera-t-elle tomber l'exigence de la malice qui freine actuellement l'utilisation de cette notion?

Si les notions d'abus de droit, de lésion, d'imprécision, de compensation des apports des époux constituent une application de la reconnaissance de certains droits fondamentaux économiques et sociaux, il est un de ces droits les plus fondamentaux qui est demeuré le parent pauvre de la nouvelle codification : c'est le droit au travail.

Le droit au travail est reconnu comme droit fondamental dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Au Québec, moins de 40% des travailleurs sont syndiqués. Ces travailleurs sont, donc, régis par les lois générales, dont le Code civil, la Loi sur les normes du travail, la Loi sur la

santé et la sécurité au travail. L'un des droits fondamentaux dans le domaine du travail devrait être celui de ne pas être congédié sans cause juste et suffisante. Ce droit est reconnu aux travailleurs syndiqués, mais non aux autres travailleurs.

Le Projet de Code civil, à cet égard, a conservé le principe en vertu duquel la partie qui désire mettre fin au contrat de travail doit simplement donner un avis de congé, sans reconnaître aux travailleurs non syndiqués la moindre sécurité d'emploi. En prolongeant la situation actuelle, le Projet permet à l'employeur de congédier une personne, donc de la pénaliser lourdement, pour la faute la plus légère(27).

Notons que la Loi sur les normes du travail est allée plus loin que le Projet de Code en accordant aux personnes qui sont employées depuis cinq ans par le même employeur une certaine sécurité d'emploi(28).

Le Projet de Code civil reconnaît donc, soit implicitement, soit explicitement, un certain nombre de droits primordiaux de la personne et les libertés publiques classiques. De plus, il a incorporé, dans une certaine mesure, la notion de droits économiques et sociaux pour offrir des recours à ceux qui auraient subi exploitation ou traitement inégal.

On peut maintenant se poser la question : comment se fait l'articulation entre les droits et les devoirs de la personne?

III RÉCIPROCITÉ DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DE LA PERSONNE

D'entrée de jeu, on peut affirmer que l'intention évidente du Projet de Code civil est de faire la synthèse des rapports entre les droits et les obligations.

Le professeur Crépeau l'affirme dans son introduction au Rapport(29) :

> "À une époque où l'on prend conscience - avec raison - des droits fondamentaux de la personne humaine, il paraissait tout aussi opportun de rappeler, dans un Code civil, qu'un droit suppose un devoir ; que

> l'affirmation des droits de l'un emporte respect des droits d'autrui. Cela a conduit à énoncer les devoirs fondamentaux de la personne, non plus sous la forme sibylline d'une "faute", mais comme normes positives de comportement du citoyen dans ses relations avec son prochain."

C'est ainsi qu'au Titre premier, au chapitre premier De la jouissance des droits civils, on énonce que : "toute personne est titulaire des droits et devoirs extra-patrimoniaux propres à son état" et qu'au Titre Des obligations, sous le chapitre Des obligations découlant de la loi, on énonce le principe que "toute personne, douée de discernement, est tenue de se comporter à l'égard d'autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable".

La réciprocité des droits et des obligations est donc la pierre d'angle du Projet de Code civil. La faute, c'est l'inexécution d'une obligation légale préexistante(30). L'obligation légale, c'est notamment, celle d'agir en personne raisonnable. Comme l'a souligné un commentateur(31) :

> "La symétrie est alors rétablie entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité. Dans ces deux cas, il existe des obligations primaires que le débiteur a le devoir de satisfaire. Dans les deux cas, l'inexécution de l'obligation primaire est un fait juridique qui peut générer l'obligation secondaire de réparer le dommage..."

L'application intégrale de cette théorie suppose donc :

1) Qu'à chaque droit fondamental corresponde une obligation de respecter ce droit ;

2) Qu'en cas d'inexécution de l'obligation un recours soit prévu, pour obtenir des dommages-intérêts ou l'exécution même de l'obligation.

Est-ce que dans chacun de ses chapitres, le Projet intègre cette notion de réciprocité des droits et des devoirs, et le double recours auquel donne lieu l'inexécution?

Il subsiste à cet égard des lacunes dans le Projet. J'en indiquerai deux, l'une dans le droit de la famille, l'autre dans le droit des obligations.

La Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille se fonde sur le principe de l'égalité entre l'homme et la femme. On y spécifie que les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives. Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer.

Toutefois, lorsqu'il s'agit du statut des enfants dans la famille, cette situation de réciprocité dans la reconnaissance des droits et des devoirs n'existe plus, et cela, même si, au Livre Des obligations, on précise que le mineur peut être responsable de ses délits et de ses quasi-délits.

Dans le nouveau droit de la famille, l'enfant, à tout âge, doit respect à ses père et mère. Ceux-ci ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant. Je crois qu'il eût fallu reconnaître à l'enfant, à l'intérieur de la famille, un rôle actif qui lui permette d'être titulaire non seulement de droits, mais aussi d'obligations propres à son état.

Si chacun a droit au respect, c'est autant l'enfant que les parents qui y ont droit.

Par ailleurs, si, à cause de sa situation de faiblesse physique et économique, l'enfant doit être pris en charge, ne peut-il pas lui-même exercer certaines responsabilités à l'intérieur de la famille? Pourquoi ne serait-il pas tenu, à la mesure de ses moyens, d'apporter une certaine contribution à sa famille, selon ses facultés?

La reconnaissance de la réciprocité des droits et des obligations, non seulement entre les époux, mais par rapport aux enfants, serait une application concrète du principe général que toute personne est titulaire des droits et devoirs propres à son état.

Un second exemple des difficultés que pourrait rencontrer le principe se rapporte aux recours permis en cas d'inexécution de l'obligation. L'article 1065 du Code civil actuel reconnaît que, dans les cas qui le permettent, le créancier de l'obligation peut demander l'exécution en nature.

Le Projet de Code civil reprend cette disposition : "Le créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander au débiteur l'exécution en nature de son obligation" (art. 267, du Livre V).

L'article 1065 pose des problèmes en ce qui concerne l'exécution en nature applicable au contrat de louage de services.

Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Dupré v. Quarries(32), les tribunaux refusent l'exécution en nature en matière de louage de services personnels pour la raison donnée par l'honorable juge Rinfet dans cette affaire :

> "...le contrat de louage de service, à cause du caractère personnel des obligations qu'il comporte, ne se prête pas à une condamnation à l'exécution spécifique... Il y a là une question de volonté et de liberté humaines contre lesquelles l'exécution directe est impuissante."

Si cette façon de raisonner peut être encore valable, aujourd'hui, dans certains types d'emploi ou dans de très petites entreprises, elle est complètement dépassée dans la plupart des entreprises. Les temps ont changé depuis 1934, et, par exemple, les commissaires du travail et les arbitres de griefs sont habilités par la loi à ordonner la réintégration d'employés.

Or, rien dans le chapitre du Projet consacré au contrat de travail n'indique que l'inexécution de l'obligation puisse donner lieu à une injonction pour faire réintégrer la personne congédiée injustement.

Il est étonnant que les tribunaux ordinaires appliquent, encore aujourd'hui, la théorie du caractère personnel du contrat de travail alors que le droit du travail, qui ne s'applique, en fait, qu'aux travailleurs

syndiqués, permet, chaque jour, la réintégration d'employés congédiés sans cause.

Encore là, faute d'un recours suffisant, le principe de la réciprocité des droits et des devoirs restera lettre morte ou voeux pieux. Celui qui cède son habileté, sa technique, et qui se fait congédier injustement, devrait - si le principe de la réciprocité est réel - pouvoir obtenir un jugement qui lui permette de réintégrer son emploi. Autrement, le droit au travail n'est pas véritablement respecté et tout ce qu'on reconnaît au travailleur, c'est de vendre sa force de travail contre rémunération.

CONCLUSION

Présenter, dans un langage clair, les principes qui doivent guider le citoyen dans ses rapports avec autrui, tel est l'objectif d'une codification en droit civil.

Comme nous avons essayé de le démontrer, le Projet de Code civil québécois représente un essai de synthèse des droits et des obligations qui se rapportent au respect de la personne humaine, et cela, tant en ce qui concerne les droits primordiaux de la personne et les libertés fondamentales classiques que certains droits économiques et sociaux.

Des lacunes importantes peuvent, déjà, y être décelées : absence de dispositions sur le statut juridique du foetus par rapport aux droits de la mère, et absence de critères de détermination du moment de la mort. Dans le droit familial, absence de considération de l'enfant comme élément actif et responsable à l'intérieur de la famille. Dans le droit des obligations, préoccupation insuffisante pour le droit au travail et absence de recours adéquats dans ce secteur.

Mais, même avec ces lacunes, le Projet de Code civil pourrait devenir un instrument dynamique entre les mains de juristes animés d'une volonté ferme de faire triompher comme valeur fondamentale de notre société le respect de la personne humaine.

Mais cette notion même de respect sera toujours tributaire, premièrement, de la définition des valeurs sociales à un moment donné et, deuxièmement, du fait que ces valeurs sont définies, en fin de compte, par ceux qui détiennent le pouvoir dans les différentes sphères de la vie sociale.

NOTES :

1. M. Foucault, L'ordre du discours, éd. Gallimard, 1970, p. 10.

2. Renvoi relatif à la signification du mot "personnes" à l'article 24 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867, [1928] S.C.R. 276.

3. Edwards et al. v. Attorney-General for Canada, [1930] A.C. 124.

4. Rapport sur le Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, Vol. I, p. XXXI.

5. L.R.Q. chap. C-12.

6. Projet, précité, supra, note 4, I-28.

7. Voir le plus célèbre : Montréal Tramway's Co. v. Léveillé, [1933] S.C.R. 415.

8. Voir, notamment, H.L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 1, vol. 2, 5e éd. par M. de Juglart, Paris, Montchrestien, 1972, 443.

9. Art. 206 C. cr.

10. Voir, notamment, en droit québécois, E. Deleury, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 C. de D. 265 ; M. Rivet, "La situation juridique de l'enfant non encore né", 13e colloque international droit comparatif, éd. Université d'Ottawa, 1978, p. 73 ; J. Deschênes, "La défense des droits de l'enfant", (1977) 7 R.D.U.S. 430.

11. Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671 ; rappelons qu'il s'agit d'une affaire où un médecin était accusé d'avoir pratiqué un avortement illégal et où il invoquait une défense de nécessité, une défense statutaire en vertu de l'art. 45 C. cr. et où il invoquait, en Cour suprême, l'incompatibilité de l'art. 251 C.cr. avec la Déclaration canadienne des droits.

12. Remarquons, à cet égard, que le Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement (Ottawa, 1977) conclut ainsi son étude : "Les multiples interprétations de cette loi par les autorités provinciales responsables de la santé, les conseils d'administration des hôpitaux et la profession médicale ont créé de grandes inégalités

parmi les femmes qui recherchent et obtiennent un avortement thérapeutique. À moins que des mesures soient prises en vue de promouvoir une plus grande égalité sociale, les différences actuelles dans l'application de la Loi sur l'avortement se multiplieront".

13. Décision 75-54 DC du 15 janvier 1975, J.O., 671. Voir notamment, les commentaires de J. Rivero, A.J.D.A. 1975, 134 ; L. Favoreu et L. Philip, (1975) 91 R.D.P. 165 ; et J. Woehrling, "Entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire : le Conseil constitution-nel français et la protection des droits fondamen-taux" (1975) 10 R.J.T. III, p. 493.

14. J. Woehrling, précité, supra, note 13, p. 539.

15. Cité dans (1975) 7 Revue d'Allemagne, p. 85 et s. et par M. Rivet, précité, supra, note 10, p. 81 et Woehrling, précité, supra, note 13, p. 543.

16. Roe v. Wade, (1973) 410 U.S. 113 et Doe v. Bolton, (1973) 410 U.S. 179.

17. E.W. Keyserlingk, Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie, Commission de réforme du droit, Ottawa, 1979.

18. Précité, supra, note 10, p. 301.

19. Commission de réforme du droit, Les critères de détermination de la mort, Ottawa, 1981. p. 7.

20. Les critères proposés par la Commission de réforme du droit sont les suivants, précité, supra, note 19, pp. 27-28 :

    Pour toutes les fins qui sont de la compétence du Parlement du Canada :

    1) Une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales ;

    2) La cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées ;

    3) Lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions

cérébrales peut être constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante.

21. Voir à ce sujet, F.R. Scott, "The Bill of Rights and Quebec Law", (1959) 37 Can. Bar. Rev. 135 ; M. Caron, "Le Code civil québécois : instrument de protection des droits et libertés de la personne?" (1978) 56 R. du B. Can. 199. Voir, en droit français, la Communication de M. Pierre Decheix, conseiller à la Cour d'appel de Paris, au quatorzième congrès de l'I.D.E.F., Montréal, 1981.

22. Gooding v. Edlow, [1966] C.S. 436.

23. Katz v. Reitz, [1973] C.A. 230.

24. Voir à ce sujet, Aluminium Co. of Canada v. Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida, [1966] B.R. 641 ; et, plus récemment, Lemire v. Produits Roberto inc., J.E. 81-176, C.S. St-Hyacinthe, 750-05-000-013-78, 13 jan. 1981, j. M. Nichols ; Germain v. Sergaz inc., J.E. 81-334, C.S. Montréal, 500-05-008 167-775, 3 fév. 1981, j. L. Lemieux.

25. En common law, il n'y a pas d'action civile basée sur la violation d'une loi interdisant la discrimination dans l'emploi ; voir, à ce sujet, Seneca College v. Bhadauria, [1981] 2 R.C.S. 181.

26. Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.R. 1980, chap. 39, art. 559. Cet article n'est cependant pas encore en vigueur.

27. Voir à ce sujet, la recommandation n° 119 de l'Organisation internationale du travail ; art. 2(1) : "Aucun licencement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service."

28. L.Q. 1979, chap. 45. Pour une critique du Projet de Code à ce sujet, voir R. Doucet, "La résiliation du contrat de travail en droit québécois", (1974) 9 R.J.T. 249.

29. Précité, supra, note 4, p. XXXIV.

30. Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, t. 2, n° 899, p. 332.

31. C. Fabien, "De la responsabilité délictuelle, vers le régime des obligations légales relatives au comportement envers autrui" in Les enjeux de la révision du Code civil, Montréal, P. Poupart, éd., Montréal, 1979, p. 37, pp. 41-42.

32. [1934] S.C.R. 528, à la p. 531.

M. René Hurtubise :

Il n'est pas facile de résumer le contenu des trois conférences que nous avons entendues, mais vous avez été témoins, comme moi, du fait que nos trois conférenciers ont ouvert l'éventail tout grand. Les questions seront toutes bienvenues.

Je vous rappelle, en deux mots, que monsieur Martucci a fait une critique portant sur le langage en rapport avec les valeurs. Il s'est interrogé sur le nombre de fois que l'on a utilisé le mot personne, personne humaine ; à quel endroit on avait utilisé le mot ou l'expression ; il s'est interrogé, aussi, sur les retombées ou l'importance que l'on donne à l'expression et il a conclu par sept points. Il a parlé de la place prépondérante et du rôle prioritaire du mot personne ; il a aussi souligné le fait que le Projet oublie trop vite le mot personne après le Livre premier ; il a souligné que, dans ce Livre premier, l'on ne distingue pas comme, peut-être, on aurait dû le faire entre la personne humaine et la personne morale. Il a développé sur ce que j'appellerais sa réticence, en ce qui concerne le fait, que lorsque l'on parle du patrimoine, on insiste d'abord sur ce qui est pécuniaire, etc., alors que lorsqu'il s'agit des attributs de la personnalité, des autres droits, on y réfère par rapport à la dimension matérielle. Il a, aussi, déploré le fait que l'on ne parle que secondairement de responsabilités. Il a dit son accord avec la place prépondérante, voire innovatrice, que l'on avait donnée au nom dans le Projet et il a presque louangé le langage délicat que l'on a utilisé face à ce qu'il a appelé les personnes faibles ou démunies ou en tout cas, les personnes non protégées. Il a terminé en disant que, dans tout ce contexte, il y a encore un langage à parfaire.

Le deuxième conférencier s'est interrogé pour découvrir, dans quelle mesure le Code civil allemand protège la personnalité de l'individu et a posé une question de base au point de départ : est-ce qu'il faut protéger la personnalité par une sorte de clause générale ou bien est-ce que l'on doit y ajouter des réglementations détaillées? Il a bien développé le sujet et souligné, qu'à toutes fins pratiques, en Allemagne, la jurisprudence ou les tribunaux ont eu une importance certaine en venant, au moins à deux occasions, se substituer en quelque sorte au législateur. Il a terminé en disant ceci : "L'étude comparative prouve que la protection de la personnalité par le législateur ne peut être formulée que de façon très

générale, quitte à reconnaître l'importance majeure de la jurisprudence".

Restait enfin le troisième conférencier qui, dans une intervention très détaillée, a souligné certaines lacunes dans le Projet de Code civil du Québec. Par exemple, l'absence de dispositions sur le statut juridique du foetus par rapport aux droits de la mère, l'absence de critères de détermination du moment de la mort; dans le droit familial, l'absence de considération de l'enfant comme élément actif et responsable; dans le droit des obligations, préoccupations insuffisantes pour le droit au travail et l'absence de recours adéquat, et malgré tout cela, le conférencier a terminé sur une note d'optimisme en disant que même avec ces lacunes, le Projet pourrait devenir un instrument dynamique entre les mains de juristes qui seraient animés de la volonté suffisante pour le mener à bon terme.

Voilà donc un résumé des trois conférences que nous avons entendues. J'inviterais maintenant ceux qui le désirent à formuler des questions.

M^me^ Madeleine Caron :

J'ai compris, et peut-être n'ai-je pas bien compris, qu'en cas d'atteinte aux droits de la personnalité, en droit allemand, il existe un moyen de rétablir la situation telle qu'elle était avant l'atteinte aux droits. Vous avez parlé de dommages-intérêts. Je me demande si l'exécution en nature, l'exécution spécifique, existe en droit allemand.

M. Rainer Frank : Sur le dédommagement?

M^me^ Madeleine Caron :

Non, sur l'accomplissement d'un acte. Est-ce que l'on peut demander l'accomplissement d'un acte autre que le paiement de dommages-intérêts? Par exemple, une excuse publique pour atteinte à la réputation.

M. Rainer Frank :

Oui, nous avons le cas d'une atteinte à la personnalité où l'on pouvait déclarer qu'il y avait un dommage matériel. Alors, ce dommage matériel doit être

réparé. Ce peut être aussi une excuse publique, parce que s'il n'y a pas d'autres moyens de réparer un dommage que de le faire en s'excusant, alors, c'est une façon, chez nous, de réparer un dommage matériel. Mais, prenons le cas, par exemple, de quelqu'un qui serait offensé. Vous vous excusez, alors, vous avez fait tout ce que vous pouvez et il n'y a plus de dommage matériel ; mais il se pose encore la question de savoir si, au-dessus de cela, existe un dédommagement du dommage immatériel, dommage moral. C'est chez nous un grand problème et, aujourd'hui, on accorde aussi une certaine somme comme dédommagement pour le dommage immatériel, dommage moral.

M. Georges Legault :

Je n'ai pas de question à poser directement à l'un des orateurs. Je partirai de l'intervention de monsieur Martucci. Est-ce que l'on ne peut pas relire l'exposé que vous avez fait à la lumière de l'évolution de la place de la personne telle qu'elle apparaît dans le Projet, à la lumière du développement de la question des rapports de droit et de moralité à l'intérieur de notre société, à l'intérieur des sociétés? Je m'explique ainsi: si l'on considère, à un certain niveau, le patrimoine comme étant l'essence du droit civil et que l'on considère les autres devoirs et obligations aux niveaux extra-patrimoniaux, cela n'est pas dû à un moment de l'histoire où la question de la moralité avait ses propres règles, un moyen de cohésion à l'intérieur d'une société. Le problème qui se pose, aujourd'hui, n'est-il pas que l'on essaie, par le biais du droit, de remplacer ou de substituer la fonction que la moralité ou l'éthique collective jouait auparavant? Je pose ce problème comme Jacques Grandmaison l'a posé, et je cite :

> "à l'intérieur de quel droit, dans quelle mesure le droit peut-il se substituer à l'éthique et dans quelle mesure, lorsque l'on parle de droit, lorsque l'on parle de sanction ou de réparation matérielle, peut-on toucher ou remplacer un dommage moral?"

M. Paul-André Crépeau :

J'ai vivement apprécié la communication de monsieur Martucci. Il est extrêmement intéressant de voir comment, avec un regard neuf, on peut aborder une oeuvre comme celle de la réforme du Code civil et l'analyser dans un contexte parfois différent de celui qui a présidé à son élaboration.

Je voudrais faire quelques observations, non pas pour justifier, loin de là, les solutions proposées dans le Projet de Code civil, mais simplement pour offrir certaines explications qui, peut-être, ne répondront pas aux questions que monsieur Martucci a posées mais qui donneront un contexte dans lequel ces questions ont été abordées et résolues.

Tout d'abord, vous disiez que, dans l'article premier du Projet, il aurait été préférable de faire immédiatement référence au terme "personne humaine" plutôt qu'à "l'être humain"(1). Eh bien, sans vouloir justifier la décision, l'explication me paraît double. C'est que, premièrement, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, jusqu'en 1971, dans la Province de Québec, nous faisions une distinction fondamentale entre le citoyen et l'étranger ou, comme on disait dans l'ancien droit - avant la Révolution française, - entre le régnicole et l'aubain. Le citoyen avait la plénitude des droits civils alors que l'aubain n'avait que les droits qui lui étaient reconnus par le Souverain. On sait que c'est là le résultat d'une longue tradition qui remonte, par delà le Moyen-Age, à la tradition romaine où, déjà, l'on faisait une distinction entre le citoyen et l'étranger. Au Moyen-Age, on sait, par exemple, sur le plan des droits civils, dans quelles conditions a vécu le juif qui était sous la protection du prince mais qui, en quelque sorte, n'était pas considéré comme un citoyen à part entière. On peut dire que les auteurs du Projet - il s'agissait des membres du Comité des droits civils, dont Me Caron faisait partie, - ont voulu proposer ce qui, à cet égard, constituait une révolution selon laquelle, en ce qui concerne les droits civils, l'on ne devait plus faire de distinction entre le citoyen et l'étranger. Et le législateur en a inséré le principe en priorité en 1971, dans le Code civil(2). La personnalité juridique était désormais expressément reconnue à l'être humain ; elle devait emporter pleine jouissance des droits civils. C'est la raison pour laquelle, dans un essai de logique juridique, l'on devait partir de l'être humain, ce qui permettait par la suite de parler de la personne, puisque la personne définie, au premier article, c'était d'abord et avant tout l'être humain.

La deuxième explication de l'article premier du Projet - et, là, je rejoins une des observations de Mme Caron, - c'est qu'en parlant de l'être humain se posait la question des limites, dans le temps, de la personnalité. Quand débute-t-elle? Quand cesse-t-elle? À ces questions, on le sait, deux réponses sont possibles. D'une part, on peut considérer la définition de

la vie ou de la mort comme une question de droit, ce qui oblige à y apporter une définition juridique. D'autre part, on peut penser qu'il s'agit là de questions de fait et qu'il appartient, dès lors, aux hommes de science de proposer, selon l'évolution des données scientifiques, les critères de détermination de la vie humaine, du passage à la vie, du passage à la mort de l'être humain.

Bien que ces questions n'aient pas été directement abordées au Comité des droits civils, on peut considérer que le Comité a effectivement opté pour la seconde solution en énonçant que "tout être humain est doué de la personnalité juridique", mais sans définir l'être humain. Il pouvait, en effet, paraître téméraire de proposer une définition de la vie et de la mort, car on sait, par exemple, en ce qui concerne la mort, que, malgré certains critères pourtant jugés acceptables, certaines personnes s'obstinent à vivre! C'est donc dans cette double perspective que les auteurs du Projet ont été amenés à mentionner l'être humain comme premier fondement de la personnalité juridique.

Une deuxième observation porte sur la distinction, que vous évoquiez, entre la reconnaissance et l'attribution de la personnalité juridique. Il s'agissait, encore là, nous semblait-il, d'une question qui relève d'une certaine hiérarchie des valeurs sur le rôle de l'État dans la mise en oeuvre des droits de la personne. Il paraissait, en effet, normal de souligner la prééminence de l'être humain en déclarant que la personnalité juridique ne lui est pas conférée par la loi - qui donne peut enlever - mais fait l'objet d'une reconnaissance d'un attribut fondamental dont l'État prend acte et qu'il ne saurait globalement répudier. Au contraire, en ce qui concerne un groupe de personnes ou de biens, on reconnaissait volontiers que la personnalité morale puisse être le résultat d'une attribution étatique, que le législateur ou l'exécutif puisse, donc, en régler l'attribution et la révocation dans les conditions prévues par la loi. Il y a là une différence capitale qu'il convenait de souligner.

Une troisième observation, enfin, porte sur la distinction entre la jouissance et l'exercice des droits civils. Je puis vous dire, monsieur Martucci, que même si vous vous considérez comme un "outsider", il y a bon nombre de juristes qui ont également beaucoup de mal à percevoir la distinction. Elle n'est pas facile, j'en conviens, mais, dans la tradition civiliste, c'est une chose que d'être titulaire d'un droit et, sur ce plan, toute

personne est titulaire de l'ensemble des droits civils, c'est une autre chose de pouvoir exercer ses droits. En effet, on comprend aisément que l'âge, la maladie, l'éloignement puissent empêcher une personne d'exercer pleinement les droits civils dont elle est pourtant toujours titulaire. Ainsi, le cas très simple d'un Canadien, d'origine québécoise, mais domicilié dans une autre province, ou dans un pays étranger, par exemple en Italie. Cette personne, en tant que l'ordre juridique canadien est concerné, a tous les droits civils, aux termes de l'article 18 du Code civil, mais puisqu'elle est domiciliée à Toronto ou à Rome, l'exercice de ses droits civils est régi, non pas par le droit de la province de Québec mais, selon le cas, par le droit ontarien ou par le droit italien (art. 6 C. civ.). Il en est de même du foetus. S'il subit un préjudice dans le sein maternel, on lui reconnaît un droit à réparation, mais on comprend que ce droit, dès que l'on connaîtra la nature et l'étendue du préjudice, devra s'exercer par l'intermédiaire de son représentant légal, le curateur au ventre (art. 345 C. civ.). C'est une distinction qui, à première vue, paraît d'ordre technique, mais qui, en réalité, est fondamentale. Elle comporte, en droit international privé, l'intérêt pratique considérable que j'ai déjà mentionné, mais l'intérêt est encore plus important sur le plan de la théorie générale du droit car s'il est admis que l'on peut, en principe, renoncer à exercer un droit - je peux faire remise à un ami de sa dette envers moi, - l'on ne saurait, toutefois, renoncer à la jouissance de ses droits civils(3).

Une autre observation concerne votre étonnement devant l'ordre de présentation des droits : les droits patrimoniaux d'abord, les droits extra-patrimoniaux ensuite. Je pense que cet étonnement est parfaitement compréhensible et justifiable ; il conviendrait que le législateur s'interroge sur l'opportunité de renverser en quelque sorte l'ordre des priorités. Mais, encore là, l'explication s'en trouve dans la tradition. Nos concepts, notre langue sont tributaires du passé. Or, comme on l'a souvent dit, le droit civil a été conçu d'abord comme un "droit de rentiers" ; il s'est développé plutôt autour de la notion de patrimoine que de celle de la personne. Le "patrimoine" a primé ; le reste a été énoncé par rapport aux droits patrimoniaux. Sans doute, faudrait-il rectifier l'ordre de présentation des matières et, en utilisant une terminologie moderne, déclarer que la personne est d'abord titulaire des "droits de la personnalité", puis titulaire d'un patrimoine.

Une dernière observation touche le regret que vous exprimiez du fait que l'on aurait souhaité trouver, dans le Projet, l'expression d'une conscience plus aiguë des droits fondamentaux de la personne humaine. La critique est pertinente, d'autant plus que, de l'aveu même des auteurs du Projet(4), on a voulu faire de la personne humaine, "la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques de droit privé".

On peut, toutefois, encore là, fournir une explication. Le plan initial du Projet de Code civil prévoyait bien l'inclusion, au tout début du Projet, d'une Déclaration des droits civils de la personne à laquelle ferait pendant, au Livre Des obligations, un chapitre consacré aux devoirs généraux de la personne. Mais les événements ont modifié le cours des choses ; en effet, au mois de mars 1971, le ministre de la Justice d'alors, Me Jérôme Choquette, nous faisait l'honneur, à Me R.F. Scott et à moi-même, de nous confier le mandat de rédiger une Charte des droits et libertés de la personne avec mission expresse d'y inclure la Déclaration des droits civils que le Comité des droits civils de l'Office de révision du Code civil avait préparée. Si bien que le Projet de Code civil, avant même qu'il n'ait été publié, a été amputé d'un ensemble de dispositions visant à reconnaître les droits civils et les libertés fondamentales de la personne. Il faut donc considérer le premier chapitre de la Charte comme faisant partie d'un corps de lois voué à la reconnaissance de la primauté de la personne humaine dans les relations privées entre les membres de la société québécoise.

NOTES:

1. L'article premier du Projet de Code civil propose le texte suivant : "Tout être humain possède la personnalité juridique".

2. Voir L.Q. 1971, chap. 84, art. 2. L'article 18 du Code civil est ainsi conçu : "Tout être humain possède la personnalité juridique. Citoyen ou étranger, il a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi".

3. On notera, à cet égard, que la distinction a été insérée expressément dans le Projet de Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, Vol. I, L.I., art. 5 et 11.

4. Projet de Code civil, précité, supra, note 4, "Préface", p. XXXI.

M. Martucci :

En fournissant ces explications, monsieur Crépeau, vous manifestez toute cette clarté que j'ai toujours retrouvée dans tout ce que j'ai lu de vous et je vous remercie beaucoup.

M. Christopher Gray :

Je voudrais souligner deux points de la déclaration du professeur Crépeau. Premièrement, à propos du mot "être humain" dans l'article 4, monsieur Crépeau a commencé par dire que ce n'est pas un manque de conscience ni de débats qui trouble notre société. Par ailleurs, il reste un débat très répandu, celui sur le statut du foetus; peut-être que l'utilisation du terme "être humain" dans le nouveau Code correspondra à un droit qui ne se trouve dans aucune des chartes ou des manifestes des droits de l'Amérique du Nord, mais seulement dans la Charte des droits des pays d'Amérique, (Organization of American States) à l'article 4, c'est-à-dire la protection de l'être humain depuis la conception. Et cela a évité d'exprimer les difficultés qu'éprouvent ceux qui affirment que "être humain" signifie la même chose que "personne humaine", et cela va à un niveau plus profond.

Deuxièmement, je partage l'opinion de monsieur Martucci. J'éprouve aussi une fascination pour le thème analogique et le concept du patrimoine dans notre nouveau Code. La difficulté de trouver le langage pour exprimer des droits qui ne sont pas patrimoniaux mais extra-patrimoniaux ne provient peut-être pas d'un manque de conscience, mais d'un manque d'instruments conceptuels. Ainsi, le mot que vous avez proposé "droits intrinsèques", je suggèrerais que dans son sens originel, il dérive d'un concept de matrice conceptuelle qui incorpore la même difficulté que la conception des droits extra-patrimoniaux, c'est-à-dire, la conception des droits intrinsèques dérive d'un contexte où les droits sont à l'intérieur d'un contenu qui est la propriété de ceux qui les possèdent. Les droits intrinsèques sont eux-mêmes des objets des droits patrimoniaux, et on est encore revenu aux mêmes difficultés conceptuelles.

M^me^ Madeleine Caron :

Je voudrais faire un commentaire sur ce que monsieur Crépeau a dit à propos des questions de fait et de droit. Sur la question de la situation juridique du foetus, je pense que la remarque de monsieur Crépeau n'est

pas tout à fait conforme à ce que j'ai dit : c'est que le fait d'être en vie ou de ne pas être en vie constitue un fait. C'est comme le fait d'être malade mental ou d'être en bonne santé, cela aussi est un fait. Mais, à partir d'un fait, on peut organiser la situation juridique d'une personne, et cela, c'est du domaine du droit.

M. Paul-André Crépeau :

Je pense que sur ce plan-là, nous sommes d'accord. À supposer qu'on adopte cette solution comme interprétation et monsieur Sacco nous a mis en garde contre les difficultés de l'interprétation d'un texte, mais à supposer que l'on adopte cette solution que l'interprétation du terme "être humain" est une question de fait, à partir de ce moment-là, on en organise le régime juridique en disant : "Dès qu'il y a vie humaine, il y a personnalité." Et alors, les autres articles découlent en disant "que la personnalité entraîne des droits fondamentaux". Et c'est là que tout s'organise, sur la base de cette notion qui ne serait pas définie juridiquement mais qui serait définie par le fait de l'existence.

M. René Hurtubise :

J'aimerais relancer ce débat sur la question des faits. Il y a tout un courant épistémologique et scientifique où la question même des faits est reposée. Est-ce que des faits bruts existent? Le fait de la vie, le fait de la mort, est-ce un fait brut? Ou bien est-ce que cela dépend de critères? Et à ce moment-là, si ce ne sont pas les juristes qui établissent les critères, qui va le faire? Va-t-on laisser cela aux juges ou bien va-t-on laisser cela à la querelle d'experts devant le juge? Quel critère va être privilégié et qui va pouvoir se prononcer sur ces critères? Sur la question de la personne humaine, combien de débats philosophiques sur cette seule question? Et lorsque l'on fait intervenir la science, c'est une fin de non-recevoir. Comment la science, comment des données factuelles peuvent faire passer de vie, vie végétative, vie animale à la notion de personne? Quels sont ces faits?

M. Farouk Mechri :

Je crois que le problème de la définition de la vie et de la mort n'est pas simplement un problème de fait. Surtout à l'heure actuelle, le problème de savoir si la mort c'est l'arrêt du coeur ou l'arrêt de toute

activité cérébrale, - et l'on m'a fait part, il y a quelques heures à peine, d'un fait qui s'était produit en Belgique où le coeur d'un homme avait lâché et où l'on avait maintenu son activité cérébrale parce que sa femme était elle-même sur le point de mourir et l'on voulait qu'officiellement il meure après sa femme, sans doute, pour régler des problèmes juridiques -. Donc, ce n'est pas seulement un problème de droits patrimoniaux ; c'est un problème de fait mais qui ne doit pas être absent des préoccupations des juristes.

Je voudrais profiter de la présence de nos hôtes canadiens pour poser deux questions. J'ai cru comprendre, au hasard des interventions sur le Projet de Code civil québécois, qu'une partie de celui-ci avait déjà été adoptée, à savoir les dispositions relatives aux droits de la famille. Je voudrais savoir si le fait que seules ces dispositions aient été, pour le moment, adoptées résulte du fait que ces dispositions se présentent au début du Projet ou bien, si le fait que les dispositions sur le droit de la famille soient passées dans le droit positif fait que ce secteur apparaît comme un secteur privilégié ou un secteur qu'il faut régler le plus rapidement possible?

Quant à la deuxième question, dans la mesure où, dans le Projet de Code civil québécois, il existe peu de dispositions relatives à la personnalité juridique, je me demande pourquoi? Si ces dispositions sont peu nombreuses, et dans la mesure où, généralement, elles empruntent au droit naturel, dire que "Tout être humain a la personnalité juridique", cela va de soi, mais effectivement, il vaut mieux le dire. Le fait qu'il y ait peu de dispositions et que ces dispositions soient le plus communément partagées, je me demande pourquoi ces quelques dispositions ne sont pas passées dans le droit positif, alors qu'il n'eût pas été tellement difficile de les faire passer. C'est un secteur qui est encore à l'état d'avant-projet ; ces dispositions sont peu nombreuses, admises communément, pourquoi ne sont-elles pas déjà passées?

M. René Hurtubise :

Je ne vais pas tenter de répondre à votre question d'une façon définitive. Je veux, quant à la première question, dire que vous avez effectivement raison ; vous avez la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, qui a été sanctionnée en décembre 1980 et qui est entrée en vigueur le 2 avril dernier. Maintenant, tous ces articles ne sont pas

actuellement en vigueur. Quant à savoir ce qui a amené le législateur à s'attarder à cette partie plutôt qu'à une autre, la réponse est que c'était assurément une priorité et nous avons la chance d'avoir, ici présentes, des personnes mieux qualifiées que moi pour répondre à cette question et qui en parleront demain. Quant à la deuxième question, je pense pouvoir dire que le législateur avait édicté, en 1975, la Charte des droits et des libertés à laquelle a fait allusion monsieur Crépeau, qui contenait un certain nombre d'énoncés fort précis sur les droits civils, les droits politiques, etc. Monsieur Crépeau peut-il donner une explication à ce sujet?

M. Paul-André Crépeau :

Tout ce que je peux dire, monsieur le président, c'est que certaines dispositions du Projet ont été reprises dans le Code civil parce que l'on sentait qu'il y avait urgence et, précisément, ces articles 18 et 19 qui apparaissent comme étant du Code civil du Bas-Canada de 1866 et sont, en fait, du droit nouveau. Ces articles sont apparus en 1971, à la suite d'un Projet de l'Office de révision du Code civil qui a été acheminé à monsieur le ministre de la Justice en lui demandant de bien vouloir les incorporer au Code, parce que l'on sentait déjà la nécessité d'affirmer l'abolition de cette distinction entre le citoyen et l'étranger. En ce qui concerne les autres dispositions, je ne peux vous donner aucune explication puisque mon mandat s'est terminé le 20 juin 1978.

M. René Hurtubise :

Alors, compte tenu de l'heure et en espérant que demain apportera les réponses aux questions que vous vous posez, je remercie nos conférenciers ainsi que tous les participants de leur bienveillante attention.

ATELIER II : **LA FAMILLE- RELATIONS D'ORDRE PERSONNEL**
présidé par madame **Claire L'Heureux-Dubé**
juge à la Cour d'appel du Québec

Conférenciers : Monsieur **Uri Yadin**, Jérusalem
Monsieur **Alfred E. Von Overbeck**, Fribourg
Madame **Claire Bonenfant**, Québec
Monsieur **W. Müller-Freienfels**, Friburg
Madame **Marie-Thérèse Meulders-Klein**,
Louvain

ATELIER II

présidé par

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé, juge à la
Cour d'appel du Québec

LA FAMILLE - RELATIONS D'ORDRE PERSONNEL

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

La réforme du droit, ses valeurs, sa méthode, son langage envisagés sous l'angle du droit de la famille - relations d'ordre personnel. Un thème, à première vue, complexe, inusité, qui comporte un certain défi. Je n'ai pas de doute que les conférenciers d'aujourd'hui, que j'aurai le plaisir de vous présenter dans un moment, sauront l'aborder de façon magistrale, compte tenu de leur grande expertise respective et de la diversité de leurs expériences.

La réforme du droit de la famille au Québec, à laquelle j'ai eu l'honneur et la grande joie de participer, ne semble pas avoir posé, comme c'est le cas dans d'autres systèmes juridiques, la question fondamentale du choix de la méthode de réforme, ce choix "entre la clarté et la sécurité juridique", comme le disait Sir Charles Davis. Se fût-elle posée, qu'à mon avis, on eût écarté sans grande difficulté un système de pensée juridique étranger à notre héritage juridique français, à ses racines, à sa culture, à ses valeurs et même à son langage.

Le juriste québécois, imprégné de cette logique et de cette discipline admirable qu'est un code de lois, ne saurait s'en départir aisément. Encore eût-il fallu lui démontrer qu'il est préférable de "descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière" plutôt que de "fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences", selon l'expression de Portalis. Dans le cadre de ce colloque, cependant, il y a lieu de nous interroger sur l'opportunité de ce choix, dans l'optique de la réforme du droit de la famille-relations d'ordre personnel.

Vous me permettrez auparavant ce bref rappel.

Élaboré dans le contexte de la philosophie propre au XIX^{e} siècle, tributaire des valeurs que véhiculait le Code Napoléon, notre droit de la famille au Québec marquait, jusqu'à récemment, un décalage certain avec l'évolution de notre société, particulièrement depuis les années cinquante. Industrialisée, pluraliste, urbanisée et scolarisée, la société québécoise n'a pas échappé à cette évolution des civilisations occidentales : passage de la famille traditionnelle à la famille nucléaire, de la dépendance économique de la femme mariée à une entrée massive sur le marché du travail, mouvement vers l'égalité des sexes, diminution du nombre des enfants, effritement des valeurs morales, poursuite du bonheur individuel et de l'épanouissement de soi, avec ses séquelles les plus évidentes : augmentation phénoménale du nombre des divorces, cohabitation comme mode alternatif de vie en commun.

Ce nouveau système de valeurs entrait en conflit ouvert avec les notions d'indissolubilité du mariage, de chef de la communauté, de soumission de l'épouse, de concubinage, de rôle respectif des époux au sein de la famille. Il remettait en question non seulement certaines règles de droit familial - tels le partage du patrimoine familial lors de la dissolution du mariage, les droits et obligations des époux entre eux et envers leurs enfants communs, le sort de l'enfant naturel - mais l'institution même du mariage dans son concept juridique et dans son acceptation sociale. Le droit de la famille, allait, dès lors, être la cible d'attaques répétées qui ont finalement amené la réforme du droit de la famille, dont le dernier volet vient d'être mis en vigueur, partiellement, en avril 1981, indépendamment de la réforme des autres secteurs du Code civil qui pourtant s'était poursuivie de concert.

Dans l'optique de la réforme du droit de la famille qui, au Québec, s'est effectuée par la méthode de la codification conforme à sa tradition, on peut, toutefois, se poser un certain nombre de questions auxquelles ce colloque tentera de répondre, questions qui rejoignent le cadre plus vaste de la méthode de codification par rapport à d'autres méthodes de réforme dans tous les domaines du droit et dans tous les pays.

Oeuvre de stabilité et de permanence, s'accommodant difficilement du travail à la pièce, la codification permet-elle d'ajuster le droit au fait social sans

risque d'accroître démesurément le décalage entre les deux? Les cent ans de fixation de notre droit familial dans notre Code civil ont-ils bien servi le droit de la famille ou ont-ils retardé indûment sa modernisation? Ces inconvénients peuvent-ils être contrebalancés par une mise à jour systématique et permanente, par l'usage de l'informatique?

Dans le contexte d'une société en pleine évolution et en voie de transformation, le lent processus de codification permet-il de mieux décanter le consensus social? Le droit sera-t-il mieux en mesure d'assumer ainsi sa fonction normative, éducative?

Comment, par ailleurs, dans une conjoncture aussi mouvante, un code saurait-il dégager l'essentiel, le principe dans un ensemble cohérent de règles codifiées? Comment, d'autre part, peut-il répondre à la fois à des impératifs immédiats et à des phénomènes dont la permanence est difficilement mesurable?

Compte tenu de l'incidence du droit de la famille sur l'ensemble des règles de droit civil, un Code de la famille peut-il s'élaborer indépendamment, parallèlement aux autres secteurs du droit? Dans la négative, le lent processus d'élaboration d'un Code civil, sa réforme, ne risquent-t-ils pas de paralyser le droit de la famille, de le rendre imperméable à la réalité sociale? La réforme achevée est-elle déjà dépassée?

Par ailleurs, si l'on admet que le droit familial est essentiellement fonction de la philosophie qu'une société véhicule de la famille, de son rôle, le dégagement des principes directeurs n'est-il pas essentiel à l'adoption de règles particulières inhérentes?

La codification permet-elle un meilleur accès aux règles applicables, grâce au regroupement logique qu'elle opère?

Finalement, la méthode de codification est-elle adaptée à la discrétion judiciaire, essentielle en matière familiale? Face à des situations humaines aussi variées que le sont les êtres humains, le juge et le juriste seront-ils mieux servis par un système qui sait dégager l'essentiel dans un ensemble de règles codifiées avec l'immense avantage d'un langage commun, laissant à la

jurisprudence le soin de les adapter à une situation particulière? La stabilité et la certitude du droit en seront-ils mieux assurés? La discrétion judiciaire serait-elle, au contraire, mieux encadrée par des règles plus précises, plus rigides?

L'une des caractéristiques d'un code, c'est son langage commun. C'est là un facteur de sécurité juridique, en autant qu'on n'y donne pas au même mot des significations diverses.

Le langage est l'expression de la pensée qui, elle, reflète des valeurs. En s'attachant à regrouper dans une structure logique des principes que sous-tend un système de valeurs, le langage d'un code prend une dimension particulière. Devant s'en tenir à l'essentiel, un code exige clarté, précision et concision. Il en va différemment du statut qui, forcément, sera rédigé par des équipes différentes, amendé à diverses époques, répondra à des impératifs particuliers, réglera des situations d'espèce. Chaque statut a son langage, ses définitions propres.

Clarté, précision et concision s'accommodent bien du langage courant. Or, le droit de la famille, par sa nature même, n'a-t-il pas avantage à être accessible à tous les citoyens? Accessible par son langage, accessible par la formulation des orientations fondamentales dépouillées de la confusion qu'amène nécessairement la référence aux cas particuliers? N'existe-t-il pas, par contre, un danger réel que, ne retenant que les grandes orientations, le justiciable soit induit en erreur dans l'application de ces principes aux cas d'espèce? Ne doit-on pas, ici, distinguer entre la vulgarisation et l'accessibilité?

Si le langage commun d'un code est facteur de sécurité juridique, d'intelligence du texte, d'accessibilité et de compréhension du citoyen et du juriste de la règle de droit et de sa philosophie sous-jacente, il importe, plus encore, de s'assurer que ce code traduise le véritable consensus de la population qu'il entend réglementer et la philosophie qui inspire le législateur.

C'est là le rôle de la technique de réforme.

L'élaboration des règles de droit est traditionnellement le domaine du juriste.

Collant à la réalité quotidienne de la population, essentiellement tributaire d'un système de valeurs qui affecte l'être humain dans ce qu'il a de plus cher, de plus intime, sa famille, ses enfants, son conjoint, le droit familial peut-il s'élaborer en vase clos, dans un cadre aussi rigide?

Relations d'ordre personnel : le droit familial déborde l'aspect strictement juridique pour embrasser des domaines aussi vastes que ceux des sciences du comportement, de la psychologie, de la médecine, de la génétique, de la statistique, etc. Non dissociable de la vie économique, affecté par le droit social, le droit fiscal, le droit immobilier, le droit commercial, pour n'en nommer que quelques-uns, le droit de la famille nécessite une technique de réforme qui lui soit propre, un éventail vaste et multidisciplinaire de connaissances et d'expertise. C'est dans cette optique que s'est élaborée, sous la magistrale direction du commissaire, M. le professeur Paul-A. Crépeau, la réforme du droit de la famille du Québec. Comités multidisciplinaires, études menées par des spécialistes, entrevues sur des sujets précis, consultation de divers organismes - tels le Barreau, la Chambre des notaires -, séminaires et colloques, et enfin distribution préalable de projets, repris par la suite à la lumière des commentaires reçus...

Cette technique, que je livre à la discussion, est-elle la seule, la meilleure? Favorise-t-elle une meilleure perception du consensus social, ou plutôt, la dilution, l'adoption de compromis? Est-elle adaptée à la méthode de codification ou, au contraire, conduit-elle à la formulation de règles particulières?

Je n'ai fait qu'effleurer le sujet, soulever quelques questions. Je laisse à nos invités le soin d'orienter la discussion de façon plus précise, de préciser les notions.

Je m'empresse de vous présenter les participants à cet atelier. Nous avons cinq participants de diverses formations et de diverses expériences. Le premier, le professeur Yadin, est né en Allemagne et a étudié le droit en Allemagne et en Suisse. Il a ensuite émigré en Israël en 1933. De 1951 à 1978, il a été chargé de cours et, depuis 1976, il est professeur à la Faculté de droit de l'Université hébraïque de Jérusalem. Depuis 1951, il est directeur de la planification légale au ministère de la Justice d'Israël et il est responsable de

la législation en droit privé et sur d'autres sujets variés.

M. Uri Yadin :

LE DROIT ISRAÉLIEN CONCERNANT LES RELATIONS FAMILIALES D'ORDRE PERSONNEL.

[Traduction de l'anglais]

- 1 -

La caractéristique qui distingue le droit israélien de la famille de celui de la majorité des pays modernes est le fait que d'importants sujets sont régis non par le droit civil général, mais par le droit religieux. Ce droit religieux n'est pas nécessairement le droit hébraïque, mais peut, selon la religion des parties impliquées, être aussi bien le droit musulman, druze ou chrétien. La répartition entre les deux secteurs est fortifiée par un système de tribunaux religieux qui existe parallèlement aux tribunaux civils et bénéficie d'une juridiction exclusive dans certains sujets de statut personnel.

Le droit religieux prévaut - et les tribunaux religieux sont compétents - tout d'abord en matière de mariage et de divorce. Cela signifie que le mariage et le divorce sont, du moins en principe, en dehors de la législation séculière. Le droit religieux s'applique aussi tant à la pension alimentaire entre les époux qu'à l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants mineurs.

Les causes de cet état de choses - aussi étrange que cela puisse paraître dans un pays moderne et démocratique comme Israël - remontent à l'époque où le territoire faisait partie de l'empire ottoman. On l'a maintenu pendant la période du mandat britannique sur la Palestine, et préservé dans l'État d'Israël pour des raisons politiques trop complexes pour être exposées ici. Cela n'a cependant pas empêché le Parlement israélien de légiférer sur de nombreux sujets, empiétant ainsi, jusqu'à un certain point, sur le domaine réservé à la religion, et il est possible de décrire dans cet exposé quelques-unes de ces lois laïques, tandis que les relations familiales d'ordre personnel qui relèvent du droit religieux ne peuvent être traitées ici.

- 2 -

Deux principes fondamentaux sous-tendent ces lois : (1) l'égalité de l'homme et de la femme, du mari et de l'épouse, du père et de la mère, du fils et de la fille; (2) les meilleurs intérêts de l'enfant prévalent lorsqu'il s'agit de déterminer son statut, ses droits et ses devoirs. La deuxième de ces lignes directrices est profondément ancrée dans le droit et la tradition judaïques, alors que la première, celle de l'égalité, ose une innovation importante par rapport à l'approche judaïque. Cela veut dire - en vertu du fait que le droit civil s'applique à toute personne, quelles que soient ses croyances religieuses - qu'en ce qui concerne les meilleurs intérêts du mineur, les concepts judaïques ont été acceptés et imposés aux non-juifs, alors qu'en matière d'égalité les concepts judaïques ont été écartés pour faire place à des idées sociales modernes qui prévalaient depuis le début parmi les membres de la société judaïque du pays.

- 3 -

L'égalité des sexes a d'abord été proclamée par la Loi concernant l'égalité des droits de la femme de 1951, dont les dispositions principales méritent d'être citées ici :

1 - La même loi s'applique tant aux hommes qu'aux femmes, quel que soit l'acte juridique, et toute dispositon discriminatoire contre les femmes en tant que telles s'avèrera nulle.

2 - Une femme mariée a la pleine capacité de posséder ou négocier des biens comme si elle était célibataire...

3 - La mère et le père sont les tuteurs naturels de leurs enfants et si l'un des parents meurt, le survivant est le tuteur naturel.

4 - Une succession ab intestat sera réglée conformément aux dispositions établies dans l'annexe du Décret de 1920 relatif aux successions.

Bien que ces dispositions se retrouvent dans une loi ordinaire et non dans une constitution de validité supérieure - Israël n'a toujours pas une telle constitution - elles ont toujours été considérées comme la

concrétisation de principes fondamentaux, et par la suite, des lois les ont élaborées dans le détail. Nous en citerons quelques-unes à titre d'exemple :

a) Les règles sur la capacité juridique, y compris l'âge de la majorité et le statut des mineurs et des incapables, sont formulées dans une loi de 1962, qui ne fait aucune distinction entre hommes et femmes, filles et garçons, personnes célibataires ou mariées.

Une autre distinction et discrimination revêtant toujours une importance considérable dans la plupart des systèmes juridiques, mais que l'on ne retrouve manifestement pas dans le droit israélien, est celle faite entre un enfant né d'un mariage et celui communément appelé illégitime. C'est un point prévu expressément en ce qui touche à certaines questions. Ainsi la Loi sur les successions de 1965 énonce que "concernant les droits de succession d'un enfant, le fait que ses parents aient été mariés ou non lors de sa naissance sera sans importance", et la Loi concernant les pensions alimentaires de 1959 souligne qu'elle s'applique aux enfants "légitimes ou illégitimes". Mais la même norme s'applique, même si elle n'a pas été expressément prévue dans une loi, par exemple dans la Loi sur la capacité et la tutelle de 1962.

b) Cette loi a remis en vigueur, avec plus de détails, la règle de la Loi concernant l'égalité des droits de la femme traitant de la tutelle des parents envers leurs enfants. Une fois de plus, le père et la mère sont considérés comme égaux. La seule exception réside dans la disposition qui prévoit que lorsque le tribunal doit déterminer lequel des deux parents séparés aura la garde de l'enfant, "les enfants jusqu'à six ans devront être confiés à la mère à moins que des raisons spéciales n'obligent à rendre une autre décision".

Les parents sont tenus d'agir "en accord" sur toute question concernant leur tutelle. Au cas où ils n'arrivent pas à un accord entre eux, chacun d'eux - et dans certains cas les deux - peut faire appel au tribunal pour obtenir une décision ou "pour exiger qu'une tierce personne décide". Un agent du Bien-être social peut convenir à cette tâche.

c) Au chapitre des successions, les dispositions de l'article 4 de la Loi concernant l'égalité des droits de la femme constituaient la version ottomane de certaines

règles contenues au Code civil allemand, le B.G.B. (Vous constaterez, en passant, l'étrange odyssée suivie parfois par les règles de droit).

De nos jours, les dispositions ottomanes, le Décret sur les successions obligatoires ainsi que le dit article 4 ont tous été remplacés par la Loi sur les successions de 1965. Nous n'avons pas besoin d'entrer ici dans les détails de cette loi essentielle car ceux-ci concernent, non pas les relations personnelles de la famille, mais plutôt les relations matrimoniales qui feront l'objet de nos discussions de demain. Ce qu'il faut par contre souligner, c'est le fait que la Loi sur les successions, elle aussi, traite les hommes et les femmes de la même façon et ce, dans tous les domaines. Les fils et les filles - y compris les aînés - les petits-fils et les petites-filles, les frères et les soeurs, etc. ont droit, lors d'une succession ab intestat, à des parts égales ; l'héritage d'une femme, lorsque son mari meurt, est égal à celui de l'époux lors du décès de sa femme ; le droit à une pension alimentaire accordé à certains parents est le même pour les hommes que pour les femmes. Toute discrimination, si particulière en droit hébraïque et musulman, a été abolie.

La Loi sur les successions est également remarquable dans la façon dont elle traite les couples vivant maritalement sans être légalement mariés. Plusieurs cas de ce genre existent en Israël, en partie pour les mêmes raisons que dans d'autres pays, mais également parce qu'en Israël où n'existe ni mariage ni divorce civils, le mariage légal est souvent empêché par des obstacles d'ordre religieux. Plutôt que de prendre des mesures contre ces mariages de fait, le législateur les a reconnus et leur a accordé un statut légal ou similaire à celui des mariages légaux, surtout dans les domaines tels que l'assurance sociale et les pensions, mais également dans certains secteurs de droit privé comme la protection des locataires. Maintenant, la Loi sur les successions prévoit que "lorsqu'un homme et une femme non mariés ont vécu ensemble comme mari et femme dans une maison commune et que l'un d'eux meurt.... le défunt sera considéré comme ayant légué au survivant l'équivalent de ce qu'il lui aurait laissé ab intestat s'ils avaient été mariés". Il existe une disposition en ce qui concerne le droit à une pension alimentaire sur la succession.

Pour en réaliser les effets juridiques, on a choisi ici la fiction du quasi-testament, du fait des objections, venant surtout des partis religieux, à une

reconnaissance plus directe des mariages de fait pour des fins successorales. Notons par ailleurs que ces droits concernant le conjoint de fait survivant ne sont applicables que dans le cas où aucun des deux n'est marié à quelqu'un d'autre, cette condition n'existant pas dans la législation précitée concernant l'assurance sociale.

- 4 -

Quant à la deuxième notion fondamentale celle du meilleur intérêt de l'enfant mineur - elle se trouve réalisée dans plusieurs lois. La plus remarquable est la Loi sur l'adoption des enfants de 1981. Il s'agit d'une loi très récente, mais il existait déjà une loi antérieure, pratiquement identique, adoptée dès 1960.

Le tout premier article de cette loi prévoit qu'"une décision ordonnant l'adoption ainsi que toute autre décision en vertu de cette loi seront rendues (uniquement) si le tribunal considère qu'elles rencontrent les meilleurs intérêts de l'enfant adopté". La même règle est en outre, formulée dans divers articles plus spécifiques. Par ailleurs, il est évident que ce principe a servi à donner à la loi sa forme finale, par exemple pour l'article prévoyant que l'adoption doit être faite conjointement par un homme et sa femme et ne peut être permise à des célibataires que dans des circonstances exceptionnelles. La règle prévaut également comme considération principale dans les décisions des tribunaux, comme lorsque la Cour suprême a dû décider, en décembre 1980, si le parent naturel qui avait consenti à l'adoption pouvait révoquer ce consentement.

La différence principale entre cette nouvelle loi et celle de 1960 est l'addition de motifs pour lesquels le tribunal peut ordonner l'adoption, même en l'absence du consentement des parents naturels. Parmi ces motifs, nous trouvons le cas où un parent s'est abstenu, sans raison valable, et pendant six mois consécutifs, d'avoir des contacts personnels avec l'enfant adopté, ou de remplir ses devoirs envers lui. Il en est de même lorsqu'un enfant de moins de six ans a été gardé pendant six mois en dehors de la maison de ses parents et que le parent a refusé de le recevoir chez lui. On a procédé à cette modification de la loi également pour mieux sauvegarder les meilleurs intérêts de l'enfant.

En général, la Loi sur l'adoption suit la plupart des législations étrangères modernes sur ce sujet. Cependant, il existe une différence importante. En Israël, une des conditions à l'adoption est que celui qui adopte soit de la même religion que l'enfant adopté.Bien qu'un tribunal puisse, dans des circonstances spéciales, écarter certaines autres conditions, telles que l'âge, il n'en est pas de même en ce qui se rapporte à la religion. Quoique cette règle ait déjà donné lieu à des difficultés et même causé des souffrances, elle a toujours été maintenue depuis 1960. Son but manifeste est d'assurer l'uniformité de religion au sein de la famille adoptive dans laquelle l'enfant adopté est intégré complètement, par les effets juridiques de l'adoption.

Pour en revenir une fois de plus au principe d'égalité, il faut noter que le droit israélien n'a pas seulement rendu la femme l'égale de l'homme, mais il l'a, dans plusieurs domaines, surtout pour la femme mariée, considérée comme une personne autonome.

Cette conception est déjà évidente dans la Loi sur l'égalité des droits de la femme citée plus haut, qui prévoit que la capacité juridique de la femme mariée sera "comme si elle était célibataire". Cela a déjà produit diverses conséquences. Ainsi, le domicile d'une femme mariée doit être déterminé par l'orientation de sa propre vie, et ne dépend pas, comme c'est le cas dans plusieurs systèmes juridiques, de celui de son mari. La naturalisation d'un étranger ne donne pas automatiquement lieu à l'acquisition de la citoyenneté par sa femme ; sa propre naturalisation à elle est une question bien à part, bien que les conditions en soient toutefois quelque peu assouplies.

L'influence de l'autonomie de la femme en matière de responsabilité civile extra-contractuelle et de droit pénal est encore plus marquée. La règle de la common law - tirée, paraît-il, du dicton biblique : "Les deux ne firent plus qu'un" (Genèse 2,24) - empêche les actions entre époux basées sur la responsabilité civile extra-contractuelle ; la Cour suprême a jugé que cette règle ne s'appliquait pas en Israël. Par conséquent, ici, un mari peut poursuivre sa femme comme toute autre personne, et vice-versa. La même Cour a décidé également qu'un homme peut être coupable de viol même si la victime est sa propre femme. Ce résultat a été atteint, entre

autres, en appliquant le droit hébraïque, en tant que droit personnel des parties, pour l'interprétation du terme "illégal" utilisé dans la disposition pénale pertinente. Un autre exemple nous est fourni par une décision récente de la Cour de district de Tel-Aviv : lorsqu'un mari a demandé une injonction afin d'empêcher sa femme de se faire avorter, sa demande a été rejetée au motif que cela portait atteinte, de façon inacceptable, à la liberté personnelle de la femme.

- 6 -

On peut constater une conception similaire de l'autonomie en ce qui concerne les relations entre les parents et leurs enfants mineurs. La notion classique et répandue de patria potestas (puissance paternelle) a été complètement écartée. On a, au lieu de cela, confié aux parents la tâche et le devoir principaux de prendre soin de leurs enfants mineurs, de veiller à leur bien-être et, en ce sens, on les considère comme leurs tuteurs. Cela a été formulé en détail dans la Loi sur la capacité et la tutelle juridique. Cette loi prévoit également que le revenu du mineur peut être utilisé pour les besoins du ménage familial, mais ses biens lui seront conservés, à moins que le tribunal ne considère que les parents seuls ne sont pas en mesure de subvenir à ses besoins et à ceux de la famille. Le statut d'autonomie du mineur a également amené les tribunaux à décider, à maintes reprises, que les ententes intervenues entre les parents quant à l'entretien de leurs enfants mineurs ne sauraient lier ces derniers et n'affectent pas leurs droits à l'encontre de leurs parents.

- 7 -

Cet aperçu sommaire et sélectif ne saurait prétendre épuiser notre sujet. Il ne fait pas état, par exemple, de la législation en matière de droit du travail telle la Loi sur l'égalité de salaire pour les ouvriers et les ouvrières de 1964, ou la Loi sur l'égalité des chances en matière d'emploi de 1981. Cependant, je pense que nous avons donné suffisamment d'indications quant à la façon dont le droit israélien a abordé le problème des relations personnelles au sein de la famille.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Je vous remercie, monsieur Yadin, de nous avoir donné un exposé aussi intéressant sur la législation de la famille en Israël.

Par contraste, la Suisse a codifié son droit de la famille et c'est ce dont va nous parler notre prochain conférencier, le professeur Von Overbeck, né à Berne, en Suisse, et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, en Suisse, depuis 1965 et directeur de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne, depuis 1980. Il a aussi été premier secrétaire de la Conférence de La Haye de droit international privé de 1956 à 1965, recteur de l'Université de Fribourg en Suisse de 1971 à 1975 et président de la Conférence des recteurs des universités suisses de 1978 à 1981. Il est délégué suisse à la Conférence de la Haye de droit international privé, membre du Conseil de direction de l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé, président du groupe suisse de l'International Law Association, membre de l'Institut de droit international. Je suis sûre que sa modestie l'a empêché d'ajouter d'autres titres et il me fait plaisir de vous présenter à l'instant le professeur Von Overbeck.

M. Alfred Von Overbeck :

Permettez-moi, d'abord, de vous dire combien je suis heureux et honoré de pouvoir prendre part à ce colloque et d'apporter une modeste contribution par la tâche qui m'a été assignée de vous orienter quelque peu sur le Projet de loi suisse en matière d'effets généraux du mariage et de régimes matrimoniaux.

LE PROJET DE LOI SUISSE SUR LES EFFETS GÉNÉRAUX DU MARIAGE DU 11 JUILLET 1979

INTRODUCTION

Le thème assigné au présent colloque peut laisser un juriste suisse un peu perplexe, tant il est vrai que les juristes québécois sont très en avance sur les Européens en ce qui concerne la théorie de la codification(1).

Le présent exposé se concentrera sur les dispositions relatives aux effets généraux du mariage dans le Projet de loi suisse du 11 juillet 1979(2). La comparaison s'impose avec les articles 440 et 462 de la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, sanctionnée par l'Assemblée nationale du Québec, le 19 décembre 1980. Un examen, même sommaire, des textes du Code civil suisse (CCS) de 1912 et du Projet suisse de 1979 montre que, dans son esprit, ce dernier est plus proche de la loi québécoise que du texte qu'il est destiné à remplacer. Cela s'explique par les tendances générales de notre société, mais, aussi, par l'inspiration largement comparatiste des travaux législatifs au Québec et en Suisse. Les mêmes expériences dans d'autres pays ont été étudiées dans les deux cas.

Le présent exposé comporte trois parties :

- La place du projet dans la codification suisse et les valeurs en cause.
- L'utilité et l'étendue d'une réglementation légale des effets généraux du mariage.
- Quelques points particuliers.

I LA PLACE DU PROJET DANS LA CODIFICATION SUISSE ET LES VALEURS EN CAUSE

1. La révision du Code civil suisse de 1912

Élaboré pour l'essentiel par E. Huber, le Code civil suisse, entré en vigueur en 1912, a remplacé des systèmes cantonaux très divers ; il constituait, pour son époque, une oeuvre moderne et même, sur bien des points, progressiste. Néanmoins, certaines de ses parties ne répondent plus aux exigences actuelles. En particulier, il y a vingt ans que l'on se préoccupe de la mise à jour du droit de la famille.

Sur la technique de cette révision, il n'y a guère d'hésitations : le principe du Code et sa systématique n'ont pas été mis en question. On a, au contraire, inséré les dispositions révisées à la place des anciennes en s'efforçant de garder autant que possible le même nombre d'articles.

Afin de ne pas trop retarder les révisions les plus urgentes - peut-être aussi pour ne pas cumuler les oppositions - l'on procéda par étapes. Le première révision fut celle du droit de l'adoption, entrée en vigueur le 1er avril 1973 (art. 264-269c). Puis ce fut le tour du droit de la filiation (art. 252-263 et 270-327), entré en vigueur le 1er janvier 1978. L'on assimila complètement enfants légitimes et illégitimes, en éliminant, non sans quelques difficultés, ces expressions mêmes. Enfin, le 1er janvier 1981, les dispositions sur l'internement administratif (art. 397a-397s, 314a, 405a, 406, 429a et art. 14a Titre final) entrèrent en vigueur(3). Les avant-projets de toutes ces lois furent mis au point par une Commission d'experts, présidée par le professeur J.-M. Grossen, de Neuchâtel.

En matière d'effets généraux du mariage et de régimes matrimoniaux, la Commission présenta un avant-projet en 1976, sur rapport du professeur H. Deschenaux, de Fribourg, qui avait déjà préconisé un nouveau régime matrimonial lors du Congrès des juristes suisses en 1957(4). Après une large consultation des milieux intéressés, le projet actuel fut mis au point par une Commission départementale(5).

Une des Chambres du Parlement fédéral, le Conseil des États, a examiné et adopté le projet en première lecture en avril 1981. Actuellement, la Commission de l'autre Chambre, le Conseil national, en est saisie. Sans doute quelques "navettes" entre les deux Chambres seront-elles nécessaires pour arrêter un texte définitif.

2. Les valeurs en cause

La question des valeurs revêt une importance toute particulière dans un domaine qui touche d'aussi près aux intérêts personnels les plus intimes et les plus essentiels que les effets généraux du mariage.

L'aspect essentiel sur lequel le projet se propose de traduire dans la loi le changement de valeurs qui s'est produit dans la société concerne l'égalité du mari et de la femme dans le mariage. On sait qu'en matière politique, ce principe a eu quelque mal à percer en Suisse ; c'est fait maintenant, sauf dans quelques petits cantons. Ce n'est d'ailleurs qu'en juin 1981 que le principe a été formellement inscrit dans la Constitution fédérale.

Selon les articles 160 et 161 du Code civil suisse, le mari est le chef de l'union conjugale ; la femme lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune. Elle dirige le ménage. Cette répartition des rôles correspondait-elle entièrement à la réalité de 1912? Cela n'est pas certain. Constatons, qu'en aucun cas, elle ne saurait être maintenue dans la loi - ce qui, comme nous le verrons, ne signifie pas qu'elle n'ait plus de partisans.

Le projet se propose de réaliser entre époux une collaboration dans l'égalité, ce qu'il appelle en allemand "Partnerschaft", la traduction française "relation de partenaires" étant un peu insipide. Les termes "statut de partenaires" utilisés par les commentateurs du Projet québécois paraissent plus expressifs(6).

Il faut tout de suite ajouter que l'égalité des époux entraîne, en contrepartie, des égards accrus aux droits individuels de chaque époux qui, dans les anciennes lois, étaient subordonnés au bien de la famille. C'est une tendance parallèle à celle qui donne plus de droits à l'enfant illégitime, dont les intérêts étaient autrefois sacrifiés à l'unité et à la stabilité de la famille légitime.

Il y a donc un équilibre à trouver entre les intérêts de l'union conjugale et de la famille, d'une part, la protection des intérêts légitimes de chaque conjoint, de l'autre. À l'affranchissement des conjoints sur beaucoup de points correspondent des restrictions nouvelles, telles que, par exemple, les dispositions ne permettant de disposer du logement commun qu'ensemble(7).

3. Le langage du Projet

Sur ce point, il y a peu d'observations à faire. On remarquera seulement qu'en la matière, on ne saurait se passer de formules générales dont le contenu exact devra être établi par la jurisprudence. Citons dans le Projet suisse : "Les intérêts de l'union conjugale" (art. 162), "Le montant équitable" dont l'époux peut disposer (art. 164), "La compensation équitable" (art. 165).

On sait enfin qu'en Suisse, les lois sont élaborées simultanément en français et en allemand, le texte italien étant établi ultérieurement. Contrairement à la situation qui résulte le plus souvent de la

prédominance numérique des germanophones, le présent texte a été élaboré à partir d'un avant-projet rédigé en français.

II L'UTILITÉ ET L'ÉTENDUE D'UNE RÉGLEMENTATION LÉGALE DES EFFETS GÉNÉRAUX DU MARIAGE

1. Est-il opportun de régler dans la loi les effets généraux du mariage?

Vaut-il encore la peine de codifier le droit du mariage ou s'agit-il d'une institution tombant en désuétude? Un collègue californien m'a dit qu'il en était ainsi chez lui. Au Québec et en Suisse, on n'en est pas encore là, mais il reste que le nombre des unions de fait est en forte augmentation. Toutefois, beaucoup de ces unions semblent conduire à des mariages(8).

Jusqu'à présent, le droit suisse s'est refusé à tenir compte du concubinage, sauf sous l'angle très limité de motifs pour un changement de nom(9). Il serait intéressant à cet égard de savoir quels ont été les motifs qui ont conduit à ne pas reprendre dans la loi québécoise l'article 49 du Projet de Code civil sur le mariage de fait.

Concluons sur ce point par la constatation que le mariage est tout de même encore assez fréquent pour que le législateur s'en préoccupe.

2. Sur quels points la réglementation des effets généraux du mariage doit-elle porter?

En la matière, comme d'ailleurs pour les régimes matrimoniaux, le danger est certain d'une réglementation légale sans rapport avec la réalité. Il est constant que le régime matrimonial légal de l'union des biens, très compliqué, n'est pas vécu en Suisse. Alors que le projet consacre un régime de tendance séparatiste, une enquête sociale à Genève a relevé que, parmi les jeunes, la communauté paraissait connaître le plus de faveur(10).

Les points qui occupent le plus les médias et l'opinion publique ne sont pas toujours ceux que les juristes trouvent les plus intéressants. Ainsi, lors de discussions publiques du projet en Suisse, l'assistance s'est toujours de nouveau passionnée pour des questions

telles que le nom et le droit de cité, dont la portée pratique est assez restreinte, alors que les problèmes essentiels de l'équilibre à établir entre intérêts de la famille et intérêts individuels, par exemple, ne l'échauffaient guère.

Une comparaison des questions réglées dans le Code civil du Québec d'une part, le projet suisse d'autre part, montre que, si la tendance générale est la même, les accents ont été mis différemment.

Le Projet suisse règle, assez en détail, dans 31 articles, les effets généraux du mariage ; le Code civil du Québec comporte 21 articles, dont 8 seulement sont consacrés aux droits et devoirs des époux et 14 à la résidence familiale. Le Projet suisse ne traite ce dernier problème que dans un seul article et encore celui-ci est-il, comme nous le verrons, menacé dans la discussion parlementaire.

On constatera que le Code civil du Québec réduit à un strict minimum les prescriptions générales - difficilement susceptibles de sanction juridique - sur ce que devrait être la vie conjugale. Ainsi, est-il silencieux sur le droit de cesser la vie commune. Au contraire, il règle de manière très précise les questions juridiques qui peuvent surgir à propos de la résidence familiale.

Est-il réaliste de fixer, comme le fait le Projet suisse, les conditions donnant le droit de cesser la vie commune? L'article 175 du Projet suisse énonce : "Un époux est fondé à refuser la vie commune aussi longtemps que la sauvegarde de ses intérêts personnels, sa sécurité matérielle ou le bien de la famille sont gravement menacés". Il n'est guère concevable, de nos jours, de faire ramener par la force publique un époux qui aurait quitté le domicile conjugal à tort. Nous verrons toutefois que pareille règle peut avoir certains effets.

Il est indéniable que la sanction incertaine des règles qu'il peut poser doit inciter le législateur à de la retenue. Un autre motif dans le même sens est que, dans un pays tel que la Suisse - et la même chose est sans doute vraie au Québec - la même loi doit régir des populations parmi lesquelles il y a de grandes différences sociologiques. En particulier, pour ce qu'on appelle en France le régime primaire, c'est-à-dire les questions

économiques réglées de la même façon, quel que soit le régime matrimonial, il convient de trouver des dispositions valables, à la fois, pour des ménages où les deux époux gagnent et pour ceux où la femme reste au foyer. Cela interdit une répartition légale des rôles, qui doit être laissée à l'autonomie des époux.

Toutefois, quelle que soit la répartition concrète des rôles, l'égalité de principe entre époux devrait être réalisée. Ce point de vue n'est pas encore tout à fait incontesté en Suisse. Preuve en soient les paroles d'un député qui n'avait guère participé aux discussions de détails, à la fin des débats au Conseil des États. Il reprocha à la loi de sacrifier l'intérêt des deux partenaires à celui de la famille et ajouta textuellement :"Je ne crois pas non plus en un système de partenariat, en une famille acéphale. Je ne connais pas de communautés qui puissent fonctionner sans une tête, sans un chef. Je ne revendique pas ici la position traditionnelle de l'homme dans la famille, car si l'on a dit que l'homme était la tête de la famille, on a toujours ajouté aussi, heureusement, que la femme en était le coeur"(11). Une députée lui répondit que les hommes pouvaient aussi avoir du coeur et qu'elle souhaitait aux hommes de reconnaître que même les femmes avaient une tête. En l'honneur du Conseil des États, il faut ajouter qu'il accepta le Projet par les voix de tous les présents contre celle du député précité.

Reconnaissons, avec le professeur Heynauer(12), un des auteurs de notre nouveau droit, que la meilleure loi n'empêchera pas le pacha de rester le pacha. Mais, du moins, ne pourra-t-il plus trouver d'appui dans la loi pour revendiquer cette position traditionnelle, cette situation de prédominance.

Il faut ajouter enfin que parfois les traditions, ou la volonté de modifier le droit existant, imposent de prescrire expressément ce qui peut sembler aller de soi. Ainsi, l'article 167 du Projet suisse permet implicitement à chaque époux de choisir une profession, alors qu'au contraire, l'article 167 du Code civil suisse exige à cet effet le consentement du mari ou, le cas échéant, l'intervention du juge. Sans doute, au Québec, pareille restriction n'a-t-elle jamais existé ; il n'était donc pas nécessaire de statuer le contraire.

3. Quel doit être le rôle du juge?

Le Code civil suisse (art. 169) connaît déjà, depuis 1912, le "juge des mesures protectrices de l'union conjugale", institution introduite beaucoup plus tard dans d'autres droits. Les pouvoirs de ce juge sont limités aux mesures prévues par la loi et l'institution a, dans l'ensemble, fait ses preuves(13).

Le maintien de l'institution n'est pas contesté ; en revanche, la crainte a été exprimée que les compétences du juge ne soient par trop étendues selon le projet. Un député a même estimé que les époux feraient ménage à trois avec le juge(14).

Théoriquement, en consacrant l'égalité entre époux, le projet risque de mener à une situation de pacte plus souvent que l'ancien texte, où le mari décidait de la demeure conjugale et d'autres questions. Remarquons, toutefois, que le droit de la filiation a déjà été modifié dans un sens analogue. Selon l'ancien article 274 al. 2, le père décidait en cas de divergences, alors que, d'après le nouvel article 297 al. 1er, père et mère exercent l'autorité parentale en commun pendant le mariage. Cette disposition ne semble guère avoir augmenté le nombre de recours aux autorités protectrices de l'enfant. Il en sera vraisemblablement de même pour les effets du mariage: dans l'un et l'autre cas, il s'agit plutôt de mettre le droit en accord avec la réalité.

Une analyse plus détaillée des nouvelles dispositions montre d'ailleurs que les pouvoirs du juge ont à peine été étendus, mais plutôt précisés, compte tenu de la jurisprudence extensive relative à l'ancien texte(15). On remarquera que, selon le nouvel article 172 al. 3, les pouvoirs du juge sont toujours limités aux mesures prévues par la loi, alors que la clause générale de l'article 448 du Code civil du Québec est plus large. Elle donne au juge une compétence toute générale de statuer dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties.

Il est certain que le recours au juge signifie que le mariage est déjà bien compromis ; d'autres moyens peuvent être plus efficaces pour sauver une union en difficulté. C'est la raison pour laquelle l'article 171 du Projet suisse prescrit expressément aux cantons d'instituter des offices de consultation conjugale ou familiale(16).

III QUELQUES QUESTIONS PARTICULIÈRES

1. La définition générale des droits et devoirs des époux

On relèvera que le Projet suisse a pu maintenir ici la formule de 1912. Celle-ci consacre notamment l'idée de "l'union conjugale", union qui s'étend sans doute aussi aux enfants. Le terme est entré dans le vocabulaire suisse, mais la loi québécoise, en parlant tout simplement de "famille", paraît exprimer plus simplement la même idée.

L'article 441 du Code civil du Québec consacre expressément l'égalité des époux et leur obligation de faire vie commune ; le Projet suisse ne le fait qu'implicitement, notamment en stipulant, à l'article 175, dans quelles conditions la vie commune peut être refusée.

2. Le nom

Cette question, nous l'avons dit, est l'une de celles qui ont soulevé le plus d'intérêt, voire de passions, dans le public. On ne compte plus les propositions qui ont été faites. Il est bien difficile de respecter l'attachement traditionnel à la souche et de réaliser en même temps le principe de l'égalité des époux! À part l'égalité, d'autres considérations entrent en jeu : par exemple le souci de la femme issue d'une famille traditionnelle suisse, qui a épousé un immigrant récent, de garder son nom. Il convient à cet égard de rappeler qu'environ un million d'étrangers vivent en Suisse. Beaucoup d'entre eux finissent par s'établir définitivement, et la possibilité de choisir le nom de famille de la femme peut correspondre à leur désir de s'intégrer. Il y a enfin lieu de tenir compte de considérations pratiques relatives à la tenue des registres de l'état civil.

La Commission d'experts avait proposé deux variantes : le système actuel, d'une part, la possibilité de choisir entre le nom du mari et celui de la femme, avec une attribution du nom du mari en l'absence de choix, d'autre part.

Le projet s'en tient, pour l'essentiel, au système actuel, l'article 160 al. 2 permettant des noms composés.

Le Conseil des États a décidé d'ajouter une disposition facilitant le changement de nom en cas de mariage. Or, la procédure de changement de nom, qui est de la compétence des gouvernements cantonaux, est assez longue, et peut comporter un recours au Tribunal fédéral. Les fiancés voudront-ils en attendre l'issue? Puis le texte du Conseil des États introduit une distinction entre "justes motifs" (Wichtige Gründe), qui permettent déjà actuellement un changement de nom (art. 30 CCS), et "intérêts légitimes" (achtenswerte Gründe) suffisants en cas de mariage. Il n'est pas dit clairement en quoi consiste exactement la distinction(17).

La dernière proposition qui a été faite est celle du professeur Hegnauer(18). Selon celle-ci, les époux porteraient le nom du mari, sauf si l'épouse déclare, lors du mariage, vouloir conserver son nom. Les enfants auraient le nom des époux lorsque celui-ci est commun. Lorsque la femme aurait gardé son nom, ils porteraient le nom de la mère, sauf si les parents avaient déclaré conjointement, au moment du mariage, que les enfants devaient porter le nom du père. On remarquera que le commentaire du Projet de Code civil du Québec(19) - selon ce Projet, chaque époux garde son nom - exprime une préférence pour l'attribution à tous les enfants du nom de la mère, solution qui efface une dernière discrimination entre enfants légitimes et non légitimes. Mais, au Québec, la solution du choix par les parents a prévalu. (art. 56.1 nouveau du Code civil du Bas-Canada). Ce système est très proche de celui préconisé par M. Hegnauer pour le cas où la femme conserve son nom.

Tous ces arguments seront sans doute repris au Conseil national.

3. Le droit de cité (art. 161)

Il s'agit ici d'un problème spécifiquement suisse : chaque Suisse, avant d'appartenir à un canton ou à la Confédération, est d'abord citoyen d'une commune. Le droit de cité du père se transmet sans limitation aux enfants, si bien que telle personne qui semble être Génevois de pure souche peut être citoyenne d'Appenzell ou encore d'une commune rurale du canton de Fribourg. Beaucoup de Suisses possèdent un ou plusieurs droits de cité mais, selon le droit actuel, la femme, par le mariage, perd son droit de cité et acquiert celui de son mari.

En son temps, le droit de cité avait beaucoup d'importance notamment parce que la commune d'origine était chargée de l'assistance aux personnes dans le besoin. Actuellement, un système d'assistance au domicile a été instauré. Cependant, beaucoup de communes bourgeoises (par opposition aux communes d'habitants) possèdent des biens considérables et ont dans certaines villes une influence politique, culturelle et économique non négligeable.

Mais surtout, il y a les attaches sentimentales au lieu d'origine et bien des femmes ressentent comme une discrimination le fait de perdre leur droit de cité par le mariage. Toutefois, les autres solutions comportent des complications un peu semblables à celles qui se présentent en matière de nom : si la femme acquiert le droit de cité du mari, l'égalité exige-t-elle que le mari acquière le droit de cité de la femme? quel sera le droit de cité des enfants? quel sera le sort des registres de famille qui actuellement sont tenus au lieu d'origine?

Le professeur Heynauer avait proposé une possibilité pour la femme de maintenir son droit de cité par déclaration expresse(20). Le projet s'en tient, au contraire, à l'ancienne solution. Le Conseil des États, à une très faible majorité, a ajouté que la femme, tout en acquérant le droit de cité du mari, conservait son ancien droit de cité. Pour les enfants, aucune modification n'a été proposée. Sur ce point aussi, la discussion est loin d'être close.

4. <u>La responsabilité des conjoints pour les besoins courants du ménage</u>

Aussi bien selon le Projet suisse (art. 166) que selon le Code civil du Québec (art. 446), l'époux qui contracte pour les besoins courants de la famille engage aussi son conjoint. Cela, dans le Projet suisse, en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable par le tiers, et, dans le Code civil du Québec, si le conjoint obligé n'avait pas préalablement informé le cocontractant de sa volonté de n'être pas engagé. On remarquera que, contrairement au Projet de Code (art. 48 al. 2), le Code civil du Québec ne limite pas la responsabilité à la mesure dans laquelle l'autre conjoint était tenu de contribuer aux charges du mariage. Ce changement paraît plutôt heureux, car cet élément serait difficile à apprécier dans une contestation avec un tiers.

Dans le Projet suisse, l'article 174 établit l'égalité entre époux en ce qui concerne le retrait du droit de représenter l'union conjugale, qui nécessite une intervention du juge. Au contraire, l'article 164 du Code civil suisse permet un retrait unilatéral par le mari.

5. La résidence familiale et les meubles affectés à l'usage du ménage

Nous avons vu qu'ici, le Code civil du Québec et le Projet suisse s'écartent passablement.

Alors que le Code civil du Québec règle ces questions d'une manière détaillée aux article 449-462, les dispositions relatives aux meubles, que contenait l'avant-projet, ont déjà sombré, en raison des critiques qu'elles ont subies dans la consultation.

Il ne reste dans le projet que l'article 169, relatif au logement. À une faible majorité, le Conseil des États a décidé de biffer cette disposition et d'insérer une mention des résiliations de bail à l'article 178. Selon cette disposition, le juge pourrait aussi interdire la vente de l'immeuble où se trouve le logement familial. Mais la grande différence entre la solution québécoise et celle du Projet d'une part, celle du Conseil des États de l'autre, est que cetre dernière nécessite une intervention du juge. Or, cette intervention risque le plus souvent d'arriver trop tard : un époux aura déjà mis l'autre devant un fait accompli en résiliant le bail ou en vendant la maison familiale.

Les arguments avancés au sein du Conseil des États contre cette disposition ne convainquent pas ; on a parlé de complications de la vie des affaires et de restrictions de la capacité des époux. Faut-il voir dans cette solution une consécration du libéralisme économique toujours très prisé en Suisse, ou peut-être une séquelle du préjugé que seuls les hommes s'entendent en affaires? La question peut rester ouverte, car il est fort douteux que le Conseil national, généralement plus progressiste que le Conseil des États, se rallie à cette solution.

La solution du Conseil des États oblige à saisir le juge d'une question importante, alors que, dans le même Conseil, on a reproché au projet de prévoir trop souvent pareil recours. Au contraire, le système québécois et celui de l'article 169 garantissent la protection

du logement de manière efficace sans qu'une procédure ne soit nécessaire.

Peut-être le système de l'article 169 devrait-il encore être perfectionné et l'on a notamment proposé les solutions suivantes :

- Puisque les deux époux doivent résilier le bail, ils devraient également concourir les deux à sa conclusion.
- La limitation serait restreinte au contrat de bail, la protection étant moins nécessaire lorsqu'un époux est propriétaire d'un immeuble.
- L'époux qui habite effectivement le logement familial devrait pouvoir résilier, peu importe qui a conclu le contrat.

Terminons sur ce point par la constatation qu'au Québec, la nécessité d'assurer le logement familial, élément essentiel de la vie familiale, a prévalu sur le libéralisme économique, alors qu'en Suisse, du moins dans l'optique du Conseil des États, le contraire est vrai.

6. Le choix de la demeure familiale et le droit de suspendre la vie commune

Le Projet suisse (art. 162) et le Code civil du Québec (art. 444) prévoient que les époux choisissent ensemble la demeure commune, ou la résidence familiale dans les termes du Québec.

Que se passe-t-il lorsque les époux ne peuvent pas s'entendre? En Suisse, l'intervention du juge n'est pas prévue dans ce cas, alors qu'elle est possible au Québec d'après la clause générale de l'article 448.

Alors que le Code civil du Québec prévoit expressément, à l'article 441 al. 3, que les époux sont tenus de faire vie commune, il ne règle pas les cas où la suspension de la vie commune serait permise ni ses conséquences, sauf de manière indirecte dans le droit du divorce (art. 540 al. 2).*

---

* Note de l'éditeur : l'article 540 al. 2 n'est pas encore entré en vigueur.

Le Projet suisse, au contraire, ne permet cette suspension qu'en cas de menace grave des intérêts personnels, de la sécurité matérielle ou du bien de la famille (art. 175). Le Conseil des États a ajouté que la vie en commun ne devait plus pouvoir être exigée ("das Zusammenleben ist unzumatbar"). Il est évident qu'une telle disposition n'empêchera aucun époux de quitter le foyer conjugal losqu'il le désirera ; le projet consacre d'ailleurs la liberté pour chaque époux de se constituer un domicile. (Modification de l'article 25 du Code civil suisse). Toutefois, il y a dans le Projet suisse des sanctions indirectes. Ainsi, la vie séparée ne sera organisée, selon l'article 176, que si le requérant établit qu'il était fondé à cesser la vie commune ou si son conjoint se refuse à celle-ci(21).

7. L'entretien de la famille et les compensations entre époux

En ce qui concerne la contribution du mari et de la femme aux charges du ménage, les solutions des articles 163 du Projet suisse et 445 du Code civil du Québec sont assez semblables. Le Conseil des États a supprimé, à l'article 163, la mention de la satisfaction des besoins personnels, craignant que les enfants ne puissent en tirer des prétentions trop élevées.

En revanche, on ne trouve rien dans le Code civil du Québec qui corresponde aux articles 164 et 165 du Projet suisse. Nous ne nous arrêterons pas longtemps à l'article 165 qui couvre les cas où la femme travaille véritablement dans l'industrie de son conjoint ou encore où, par exemple, elle entretient, par son travail, son mari qui fait des études.

En revanche, l'article 164, qui accorde un montant équitable à l'époux n'ayant pas de revenus propres, contient une disposition originale qui n'est pas restée incontestée. Le Conseil des États y a apporté quelques restrictions en précisant tout d'abord que cette compensation n'est due que si le revenu de l'autre époux n'est pas entièrement absorbé par l'entretien de la famille. Il a précisé, dans un nouvel alinéa 2, que l'excédent ne comprend pas ce qui est consacré de bonne foi à la prévoyance, au propre logement de la famille ou à l'exercice d'une profession ou d'une industrie. Enfin, l'alinéa 3 exclut la compensation lorsqu'un époux dispose lui-même de revenus suffisants.

La disposition veut assurer que l'époux au foyer - pratiquement la femme - reçoive plus que l'indispensable (le Nadelgeld). Il ne s'agit certes pas d'un "salaire de la ménagère", mais de quelque chose de plus qu'un simple argent de poche. En somme, l'épouse devrait recevoir, pour ses besoins culturels, ses loisirs, etc., une somme à peu près correspondante à celle dont dispose son mari (ou l'inverse si c'est l'épouse qui gagne). Il a notamment été reproché à cette disposition d'introduire la zizanie dans le ménage et de promouvoir le recours au juge, qui est, en effet, ouvert selon l'article 173 al. 2. L'opinion du ministre de la Justice, qui a soutenu que beaucoup de maris suisses ne donnaient pas suffisamment d'argent à leur femme et qu'une disposition destinée à lutter un peu contre l'égoïsme et l'avarice trouvait sa place dans la loi, a, heureusement, prévalu.

CONCLUSION

À l'instar de ce qui s'est passé après la Dernière guerre mondiale en matière d'adoption, la révision du droit des effets du mariage au Québec et en Suisse, et dans bien d'autres pays, suit des lignes convergentes. Les différences qui restent s'expliquent le plus souvent par des traditions plus que par des oppositions fondamentales. On trouve toutefois, sur certains points, des jugements de valeur assez divergents ; le meilleur exemple paraît être celui de la solution du problème du logement familial au Québec, d'une part, en Suisse, de l'autre.

La discussion autour du Projet suisse est loin d'être close. Le présent colloque pourrait bien apporter quelques éléments qui seraient utilement lancés dans le débat.

NOTES:

1. Voir, toutefois, la conférence que le professeur F. Dessemontet a tenue à Montréal sur le thème : "Langage et système des lois suisses", (1980) 21 C.de.D. 579 et les débats de la Société suisse des juristes à l'occasion du centenaire de la Constitution fédérale en 1974 : "L'art de légiférer", Recueil des travaux présentés au Congrès des juristes suisses, 1974, Revue de droit suisse, 1974, II.

2. Textes du Code civil suise (CCS) et du projet en annexe. Voir Message du Conseil fédéral concernant le révision du Code civil suisse (effets généraux du mariage, régime matrimonial et successions), du 11 juillet 1979, Feuille fédérale 1979 II, 1179, également disponible sous forme d'un fascicule de 234 pages numérotées séparément (Cité par la suite Message suivi du n°).

3. Feuille fédérale 1978, II, 263.

4. Revue de droit suisse 1957 II, spéc. 419a.

5. Sur l'avant-projet et le projet, voir notamment les ouvrages et articles suivants (cités en abrégé par la suite) :

   V. Baumeler, Die Beteiligung am Vorschalg, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 451, Bern 1977.

   G. Caluori, Gedanken zum Recht des Familiennamens, Revue de l'état civil (REC) 1978, 115.

   H. Deschenaux, La protection de l'expectative de bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts, Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg (Schweiz) 1977, 151.

   J.-M. Grossen, "Régime matrimonial ou solution successorale"? Revue suisse de jurisprudence (RSJ) 1980, 191.

   H. Hausheer, "Der zukünftige (ordentliche) gesetzliche Güterstand im schweizerischen Recht", Revue de droit suisse (RDS) 1977 I, 157 ;

   - "Zur Revision des Ehe - und Ehegüterrechts", Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1977, 217 ;

   - "Leitgedanken für ein neues Eherecht", REC 1979, 333.

- Recht und Familie : Die Familienrechtsreform in der Schweiz als gesetzgeberische Aufgabe. - Recht, Gesellschaftsordnung und sozialer Wandel im Bereiche der Familie, Familie im Wandel, Berne 1980, 81.

C. Hegnauer, Abschied vom "Ehemann als Haupt der Familie", REC 1979, 360 ;

- "Der Entwurf des neuen Eherechts", RSJ 1980, 69 ;

- "Das Bürgerrecht der Frau im Entwurf des neuen Eherechts (ein Plädoyer für Gleichstellung)", Neue Zürcher Zeitung (NZZ) 15.2.1980, Nr. 38, 37 ;

- "Der Familienname im neuen Eherecht", RSJ 1981, 248.

H. Näf-Hofmann, Partnerschaft als Leitbild der Ehe, Zürich 1980.

A.E. von Overbeck, "Der schweizerische Gesetzesentwurf vom 11. Juli 1979 über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das Ehegüterrecht und das Erbrecht", Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 1981, 126.

P. Piotet, "Les droits respectifs des conjoints et des enfants au décès du de cujus selon l'avant-projet de loi sur les effets généraux du mariage et le régime matrimonial", Revue des juristes bernois 1976, 321 ;

- "Le régime matrimonial et l'art 164 al. 2 CCS selon l'avant-projet de loi sur les effets du mariage", Journal des Tribunaux (JT) 1976 I, 354 ;

- "Le futur régime matrimonial légal suisse", RDS 1976 I, 459 ;

- "Problèmes posés par l'art. 473 CCS en droit actuel et selon l'avant-projet de loi sur les effets du mariage", Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, 207, 219 ;

- "Le droit successoral contenu dans le projet de loi du 11 juillet 1979 sur les effets du mariage et les successions", Revue des juristes bernois 1980, 61 ;

- "L'attribution au conjoint survivant du bénéfice de l'union conjugale et les réserves successorales", RSJ 1980, 173, 189 ;

- "Les droits successoraux du conjoint de lege lata et de lege ferenda", RDS 1981 I, 197.

P.-H. Steinauer, "L'art. 473 al. 3 CCS : droit actuel et projet de révision", RDS 1980 I, 341.

6. Rapport sur le Code civil, Québec, Éd. off., 1978, vol. II, Commentaires, 139.

7. Voir Message, No 181.

8. Des données sociologiques complètes manquent en Suisse en la matière. Se fondant sur les travaux du Centre d'étude de technique et d'évaluation législatives à Genève (CETEL, No 9, 1979), le professeur H. Hausheer, REC 1979, 333, spéc. 334, relate que, dans le canton de Genève, 65% des époux qui se sont mariés en 1974-1975 cohabitaient déjà avant le mariage, ce pourcentage était de 81% pour ceux qui n'exerçaient aucune religion, de 65,8% pour les époux dont l'un pratiquait une religion et de 44,6% pour les époux qui tous deux pratiquaient. La situation ne serait pas fondamentalement différente dans d'autres cantons.

9. Arrêts du Tribunal fédéral, 105 II 241, 105 II 247.

10. J.-F. Perrin, Opinion publique et droit du mariage, Genève 1974.

11. Conseil des États, procès-verbal du 27 avril 1981.

12. C. Hegnauer, REC 1979, 360.

13. On a parfois réclamé l'extension des pouvoirs de ce juge, voir R. Kehl, "Hat sich das Schweizerische Eheschutzrecht bewährt?", Revue suisse de jurisprudence 1978, 326.

14. Procès-verbal du Conseil des États, du 3 avril 1981.

15. H. Näf-Hofmann, op. cit., Infra, note 5, 14 ; H. Hausheer, BJM 1977, 217, spéc. 229.

16. Voir dans le même sens, Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. off., 1978, Vol. II, Commentaires, 149.

17. Voir la critique de C. Hegnauer, RSJ 1981, 248.

18. RSJ 1981, 250.

19. Op. cit., supra, note 6, Vol II, 32.

20. NZZ 15 février 1980.

21. Message No 219.223.1

Mme Claire L'Heureux-Dubé :

Merci, monsieur Von Overbeck, de ce brillant exposé que vous avez fait avec toute l'expérience d'un professeur, d'un recteur. Nous pourrions avoir des sujets de discussions passionnants en comparant nos codes respectifs mais nous laisserons ce soin à nos intervenants lors du débat public. Si votre Code a été élaboré par un homme, celui du Québec a subi l'influence des femmes dont l'une des plus actives a été madame Claire Bonenfant, notre prochaine conférencière.

Je pourrais vous la présenter sous le titre de militante. Elle est tout coeur, toute âme et toute tête dans le débat qui s'est fait au Québec, en particulier au sujet du "nom", sur tous les sujets et dont l'un des plus controversés a été celui de l'union de fait que notre Législature n'a pas acceptée suivant ce que nous avions recommandé à l'Office de révision. Madame Bonenfant a été militante d'abord dans sa famille pendant 18 ans ; elle est mère de cinq enfants et elle a subi ce que les femmes de son âge font aujourd'hui, le retour au travail. Elle a choisi la profession de libraire ; elle a très bien réussi mais sans se désintéresser des mouvements féministes, et l'on peut dire qu'elle est une des militantes féministes au Québec. Elle a bénéficié de bourses du gouvernement du Québec et du gouvernement français pour participer au Séminaire international des libraires de langue française à Paris et elle a fait partie de nombreux mouvements communautaires, tels les comités de citoyens. Elle est membre du comité régional de la condition féminine du Parti Québécois, à titre de représentante de la région de Québec, ce qui l'a amenée, avec beaucoup d'autres titres de créances, à devenir, depuis 1978, la présidente du Conseil du statut de la femme.

Mme Claire Bonenfant :

C'est avec grand plaisir que j'ai accepté de venir participer au colloque "Codification : valeurs et langage", car il me semblait important de faire connaître le point de vue d'une femme à l'intérieur de cet atelier "La famille - relations d'ordre personnel". Bien sûr, je ne suis pas juriste comme vous, mais je crois que mon expérience de la vie, les préoccupations des femmes en général et celles du Conseil du statut de la femme, en particulier, me permettent d'apporter ici un éclairage différent du vôtre.

De tout temps et pour leur bonne gouverne, les sociétés ont eu besoin de lois, soit écrites, soit orales. Rappelons-nous à cet effet le Code Hammourabi qui remonte à presque deux mille ans avant Jésus-Christ.

Cependant, au fur et à mesure de l'évolution des systèmes juridiques, certains pays, tel l'Angleterre par exemple, ont préconisé une non-codification de la règle juridique en matière de droit privé. D'autres, notamment la République fédérale d'Allemagne, la Suisse et la France ont préféré, pour leur part, codifier ce droit privé.

Bien qu'il fût entouré de pays soumis à la common law, le Québec du XIX^{e} siècle, alors le Bas-Canada, choisit de codifier lui aussi son droit privé, à l'instar de la France, son ancienne mère-patrie. Il adopta, en 1866, un Code civil fondé sur l'individualisme dans le droit des biens, le libéralisme en matière d'obligations conventionnelles et l'autoritarisme du mari, niant ainsi tout droit aux femmes mariées. Ce droit de la famille, qu'aujourd'hui l'on qualifierait facilement de sexiste, reposait en effet sur des valeurs traditionnelles et une conception stéréotypée de la famille. Le mari en était le roi et maître, la femme s'y retrouvait en tant qu'exécutante seulement.

Ainsi que se le demandent Marie Lavigne et Yolande Pinard, dans leur ouvrage : Les femmes dans la société québécoise, à quel prix et comment des femmes à qui on avait, dans le passé, laissé une certaine autonomie ont-elles pu accepter de se voir confinées peu à peu à la seule économie domestique? Voilà des questions qui font voir que ce chapitre de notre histoire est à peine amorcé. L'organisation des rapports sociaux et de la place qu'y occupent les femmes, leurs luttes et la répression dont elles furent victimes demeurent inconnues.

Lorsqu'en 1955 le législateur décide de dépoussiérer son vieux Code, il était alors plus que temps de renouveler le droit de la famille. L'émergence de nouvelles valeurs et les exigences de la vie moderne ayant progressivement modifié l'institution familiale, il devenait en effet essentiel de réformer cette partie du Code civil de la province de Québec. Ce n'est pas d'hier que les femmes s'inquiètent de l'absence de droits juridiques égaux puisque déjà, en 1902, Marie Gérin-Lajoie publiait un traité de droit usuel dont le but était de vulgariser et de simplifier, spécialement pour les femmes, le droit civil et le droit constitutionnel.

Cependant, malgré leurs demandes répétées, et aussi paradoxalement que cela paraisse, les femmes ne réussiront pas à siéger à la Commission Dorion, mise sur pied en 1929 par le gouvernement Taschereau, en vue de réviser le droit civil des femmes. "Tout au plus, nous disent toujours Marie Lavigne et Yolande Pinard, consent-on à créer un sous-comité de dames." Pendant plus de vingt ans, Marie Gérin-Lajoie continuera de prendre la défense de la communauté légale et préconisera des modifications visant d'abord à minimiser les effets et conséquences de cette incapacité juridique de la femme mariée. Cependant, elle ne s'attaquera pas directement et ouvertement à ce problème, car une telle intervention aurait exigé une conception nouvelle de la famille, institution non remise en cause par les féministes bourgeoises du début du siècle.

Pour bien comprendre notre nouveau droit de la famille qui repose sur des valeurs égalitaires entre l'homme et la femme, valeurs exprimées dans un langage non sexiste, il m'a semblé important de revoir les différentes étapes de l'évolution des droits des femmes au Québec. Ces étapes, on le sait, sont intimement reliées aux conditions sociales et économiques ainsi qu'aux divers changements qu'a subis notre droit familial jusqu'à la présente loi 89(1).

Suprématie totale du mâle

En 1866, ceux qui ont procédé à la codification de notre droit de la famille étaient des hommes, nécessairement influencés par le modèle familial bourgeois du XIX^{e} siècle. Valorisant la maternité, ce modèle confinait la femme aux tâches domestiques alors qu'il dotait l'homme de tous les droits et d'une évidente suprématie, reflet de la conception occidentale du droit romain. Ce Code consacrait juridiquement l'asservissement et l'exploitation des femmes à l'intérieur du mariage, où l'épouse devait se montrer soumise face à un mari dominateur. Ce sont donc des valeurs sexistes qui ont érigé la règle juridique de l'époque, car elles correspondaient au type d'une société elle-même sexiste.

Une courte rétrospective des principaux points de ce droit permet de démontrer clairement cet

---

1. Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

assujettissement de l'épouse. De plus, conformément à la tradition civiliste, le langage utilisé ici est tout à fait clair et précis. Il ne prête à aucune ambiguïté.

1) Le mari est propriétaire de sa femme et de ses enfants

- La femme est obligée d'habiter avec son mari et de suivre ce dernier partout où il juge bon de résider.

- L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari et celui-ci donne son nom à ses enfants.

2) Le mari détient l'autorité

- Le mari doit protection à sa femme ; la femme, obéissance à son mari.

- Le mari exerce seul l'autorité paternelle.

- La femme ne peut aller en justice sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, même si elle est non commune en biens.

3) Le mari est soutien de famille

- Selon ses facultés et son état, le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie.

4) Le mari est administrateur du patrimoine

- Le mari a l'administration de tous les biens personnels de sa femme, mais ne peut aliéner ses immeubles sans son consentement.

- Le mari administre seul les biens de la communauté, il peut les vendre, les aliéner et les hypothéquer sans le concours de sa femme.

- La femme, même non commune en biens, ne peut donner ou accepter, aliéner ou disposer entre vifs ni autrement contracter ni s'obliger sans le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

Un des points les plus révélateurs, quant à la discrimination de ce Code face aux femmes, réside dans les modalités de la séparation de corps pour cause

d'adultère. Ces modalités sont en effet différentes selon que l'on soit un homme ou une femme. La mari peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère de la part de son épouse. Celle-ci, cependant, ne peut exiger la même mesure légale que si son mari garde sa concubine dans la maison familiale. Comme nous pouvons le constater, la suprématie du mâle est la pierre angulaire de tout ce droit familial. Le rôle des femmes se limite à servir le mari, voir à la bonne marche de la maison, mettre au monde et élever des enfants.

La langue française se prêtant admirablement au sexisme, nos codificateurs n'eurent point de mal, an surplus, à exprimer cette philosophie fondamentale.

Tout comme le droit familial français de 1804, dont il est la quasi-réplique, notre droit a pour instigateur Napoléon Bonaparte à qui l'on doit ces tristes et révoltantes phrases prononcées lors de l'adoption du Code qui porte d'ailleurs son nom : "La nature a fait des femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame vous ne sortirez pas, madame vous n'irez pas à la comédie, madame vous m'appartenez corps et âme".

Aussi incroyable que cela puisse paraître, le droit québécois de la famille demeura quasiment inchangé durant plus de cent ans, et ce, malgré les profonds bouleversements sociaux du début du XIX^{e} siècle, dont l'industrialisation et l'urbanisation. Ni les différents progrès dans les domaines techniques, médicaux et scientifiques, ni l'évolution de la famille traditionnelle vers une famille nucléaire n'étaient arrivés, jusqu'ici, à modifier en profondeur ce droit familial. En effet, durant toutes ces décennies, il n'y eut que deux modifications légales importantes. En 1931, le législateur accordait à la femme mariée des pouvoirs accrus sur une partie de ses biens appelés "biens réservés". Puis, en 1954, la femme mariée cessait de figurer parmi les incapables, c'est-à-dire les mineurs, les interdits, les personnes aliénées et les faibles d'esprit.

Première femme élue à l'Assemblée nationale, madame Claire Kirkland-Casgrain mit alors un frein à cette situation aberrante pour les femmes, en présentant en 1964, le Bill 16 : Loi sur la capacité juridique de la femme mariée. Ce projet de loi concrétisait une lutte de plus de 30 ans menée par les femmes en vue d'obtenir l'émancipation juridique de la femme mariée.

Comme le disait madame Kirkland-Casgrain : "Nous voulons, qu'à l'avenir, il soit clair que les tribunaux doivent s'inspirer non plus d'un concept de servitude de la femme à l'égard du mari, mais d'un concept de deux êtres humains égaux devant la loi et devant agir dans l'intérêt de la famille". Quant au langage juridique qui a traduit ces changements majeurs, il a réussi, dans une certains mesure, à "démasculiniser" notre droit, pour emprunter, ici, l'expression de Maximilien Caron, juriste de l'époque.

La loi reconnaissait, donc, l'évolution du rôle des femmes et les profonds changements subis à l'intérieur de ce rôle, surtout depuis le début du siècle: les femmes jouaient maintenant un rôle social plus important et assumaient, de plus en plus, de nouvelles responsabilités dans leur quotidien. En ajustant la loi à ces nouvelles réalités, le Bill 16 ne faisait que s'adapter aux besoins de la société. Car, vous le savez comme moi, les changements sociologiques provoquent fort heureusement l'évolution des cadres et des structures juridiques. La loi suit ces changements, les précède rarement. En ce sens, l'émancipation juridique de la femme mariée ne fait pas exception à la règle.

Les principaux amendements apportés lors de cette première réforme en matière familiale concernaient la femme sur trois différents plans : le plan personnel, celui de ses biens et de sa famille.

Sur le plan personnel, la femme mariée obtenait le droit de tutelle, c'est-à-dire celui de voir aux affaires de ses enfants ou d'enfants mineurs ayant des biens.En ce domaine, elle acquérait également le droit de devenir exécutrice testamentaire.

Le législateur lui accordait, aussi, la pleine capacité quant à l'administration de ses biens, sauf une légère restriction en ce qui concerne l'aliénation gratuite des immeubles. Cette dernière mesure venait corriger une situation anormale où, en vertu de la loi, le mari pouvait, en effet, s'immiscer dans les affaires de sa femme. Toujours à ce chapitre, la loi a, alors, reconnu à la femme mariée la pleine capacité devant les tribunaux en regard de ses biens propres ou des biens lui appartenant en vertu du régime de la séparation de biens.

À la faveur de cette première réforme, l'épouse pouvait désormais concourir à l'entretien de sa famille et voir aussi à l'éducation des enfants. En cas d'absence du mari, ou pour d'autres causes spécifiques, on lui accordait le droit de régler elle-même les questions familiales. De plus, l'épouse était, maintenant, en droit d'exiger une résidence différente de celle de son mari, s'il arrivait que la résidence familiale comportât des dangers physiques ou moraux pour elle et ses enfants. Enfin, cette réforme donnait un mandat domestique à la femme mariée.

Cependant, l'égalité des époux devant la loi et au sein de la famille n'était toujours pas complète car, d'une certaine façon, le rôle du mari demeurait prépondérant : il fixait encore l'emplacement du domicile familial et la loi continuait de le considérer comme l'unique pourvoyeur de sa famille. Plus injuste encore, face aux rapports parents-enfants, la mari possédait toujours des prérogatives en ce qui concernait la puissance paternelle. Même si un immense pas en avant venait d'être franchi, l'égalité du couple était loin d'être acquise et on devra attendre 16 ans avant qu'elle ne devienne réalité.

Entre-temps, l'adoption de deux autres lois dans le domaine allait aussi contribuer à changer considérablement la structure du droit familial. D'une part, en 1969, la révision des régimes matrimoniaux fait de la société d'acquêts le nouveau régime légal. Dorénavant, les couples qui s'unissent et qui participent, chacun à leur façon, à l'accroissement du patrimoine familial, pourront partager en deux ce qu'ils ont acquis ensemble. D'autre part, en 1977, la puissance paternelle se transforme en autorité parentale. Les pères et mères deviennent responsables à part égale de l'éducation, de l'entretien et de la garde de leurs enfants. Cette modification légale reflète enfin l'évolution de la société vers une association de partenaires égaux dans la famille. Elle reflète également les changements qui se sont opérés dans les rôles sociaux de l'homme et de la femme.

Mais si ce dossier fut réellement mené à terme, nous le devons encore aux pressions des femmes du Québec, comme l'a reconnu lui-même le ministre de la Justice, M^{e} Marc-André Bédard, qui dit :

> "Tous les groupes féminins ont apporté une contribution remarquable au niveau de l'ajustement du Code

civil et à la réalité contemporaine. Les groupes féminins ont constitué une force d'accélération pour que cette réforme-là aboutisse."

En effet, en 1980, suite aux recommandations du Conseil du statut de la femme et grâce aussi à l'intervention de la ministre à la condition féminine, le législateur consacre, enfin, l'égalité de l'homme et de la femme dans leurs rapports juridiques. Constituant la première étape de la révision du Code civil, la loi 89 vient donc réformer le droit de la famille et en changer les règles traditionnelles. Une fois pour toutes le législateur a relégué aux oubliettes un droit qui ne correspondait plus aux exigences des temps modernes.

Désormais, il ne sera plus question de puissance maritale, de puissance paternelle, de dépendance, de soumission et d'incapacité juridique des femmes, ni de légitimité du lien matrimonial, ni de la descendance. Le législateur privilégiera maintenant l'égalité de l'homme et de la femme entre eux et devant la loi, ansi que la liberté des personnes dans la façon d'organiser leurs relations familiales. La loi 89 tente, ici, de refléter la structure sociale québécoise et ce, tout en tenant compte des réalités de cette société qui sont les suivantes : les couples ont maintenant 1,8 enfants, 44 % des femmes sont sur le marché du travail, 1 mariage sur 3 s'avère être un échec et les femmes ne veulent plus supporter seules le poids et les responsabilités quotidiennes de la famille.

L'adaptation de ces principes d'égalité et de liberté a eu pour conséquence des prolongements dans tout l'ensemble du droit de la famille.

D'abord, le mari n'est plus considéré comme le chef de la famille, car les époux assument conjointement la direction morale et matérielle de cette famille. C'est, donc, l'heureuse fin de la prééminence juridique d'un époux sur l'autre dans la direction de la famille.

De plus, l'adage bien connu "qui prend mari, prend pays" devient, ici, désuet car le choix de la résidence familiale se fait conjointement par les époux. De nouvelles dispositions concernant cette résidence éviteront aussi, à l'un ou à l'autre d'entre eux, de se retrouver, du jour au lendemain, sur le pavé et dépouillé de tous ses biens.

En mettant l'accent sur l'égalité de l'homme et de la femme au sein de la famille, en leur reconnaissant les mêmes droits et les mêmes obligations en ce qui concerne sa direction, le partage des tâches familiales et la solidarité des dettes du ménage, la loi 89 maintient, donc, la notion "d'autorité parentale" déjà substituée au principe de la "puissance paternelle" en 1977, comme nous venons de le voir.

Autre exemple des conséquences de l'égalité des conjoints, la tradition, voulant que l'épouse prenne le nom de son mari, vient d'être définitivement écartée par la loi 89. Cette coutume impliquait, en effet, l'idée de subordination de la femme face au mari, symbole, il va sans dire, incompatible avec le principe d'égalité.

En outre, le choix du nom de famille des enfants est maintenant facultatif. Autrefois, le mari avait, seul, le privilège de donner son nom de famille aux enfants du couple. Comme les deux époux sont aujourd'hui égaux, le législateur a décidé que le nom de famille pourrait tout aussi bien être celui du père ou de la mère ou encore un double nom.

En vue de resserrer les liens entre les membres d'une même famille et de les placer sur un pied d'égalité, le législateur a aussi aboli toute distinction sur la base de la filiation, que cette filiation soit légitime, naturelle ou adoptive.

La mesure la plus spectaculaire peut-être de la loi 89, concerne la prestation compensatoire. Dans leur vie de couple, il est malheureusement courant que les époux fournissent services, travail et parfois même argent, sans nécessairement partager cet accroissement au patrimoine familial, si ce n'est qu'à titre d'aliments lors d'une rupture.

À l'avenir, la prestation compensatoire reconnaît à chacun des époux le droit d'exiger compensation pour cet accroissement. En créant ainsi un équilibre financier entre les époux, cette dernière mesure est également susceptible de favoriser le respect du principe d'égalité nouvellement reconnu par la loi.

Quant au principe de la liberté des personnes d'aménager leurs relations familiales, il est un complément

complément indispensable à l'énoncé d'égalité. L'homme et la femme peuvent choisir leur régime matrimonial, être les artisans de leur séparation de corps ou de leur divorce moyennant une entente commune, et même vivre en union libre s'ils le désirent. Aujourd'hui, le couple est libre d'organiser sa vie telle qu'il l'entend. Tout en ajustant le droit de la famille à la réalité contemporaine, la loi 89 assure donc le respect des droits fondamentaux des individus qui la composent.

En 1980, le législateur ne pouvait plus retarder l'adoption de cette législation égalitaire. L'entrée graduelle des femmes sur la scène politique et la pression des groupes féministes avaient, en effet, sonné l'heure "H". Il fallait mettre fin, une fois pour toutes, à cet anachronisme entre le vécu social et les lois. Même si certains hommes n'étaient pas prêts à accepter cette législation non sexiste (et ne le seront peut-être jamais...), les gouvernants se devaient de donner suite aux justes revendications et aux nombreuses pressions de 53 % de son électorat.

Le caractère clair de ces revendications féministes a eu pour effet immédiat de se transposer dans l'expression juridique des droits et des devoirs familiaux. Il n'était plus question, ici, d'employer un langage hermétique, "un jargon pour initiés", mais des termes simples et précis facilitant la compréhension de tous les citoyennes et citoyens en regard d'un droit qui les concerne quotidiennement.

Une fois que les lois sont formulées, elles sont ensuite interprétées de différentes façons. Dépendant du jugement de chacun, leur sens peut alors être dénaturé. Malgré un droit de la famille dépouillé de son sexisme, nous ne devons pas oublier que la loi 89 demeure entre les mains des juges. Compte tenu des valeurs traditionnelles qui sont véhiculées, de l'âge des juges, de la provenance de ceux-ci et surtout du fait que la magistrature soit encore massivement entre les mains des hommes, nous nous posons des questions. Qu'est-ce que tout cela va donner? Rappelons-nous, à ce sujet, la cause Ostiguy c. Ostiguy(2) où un juge refusa à une femme un remboursement rétroactif pour le travail accompli à la station-service de son mari. Ce juge allégua alors que cette femme remplissait tout simplement son obligation maritale d'assistance au mari.

---

2. Garand-Ostiguy c. Ostiguy, J.E. 78-482.

L'expression non sexiste d'une loi n'engendre pas nécessairement l'interprétation non sexiste de cette loi. Il faut donc espérer que la loi 89 ne soit pas un mirage pour les femmes, car le conservatisme de certains juristes constitue un écueil dont il faut tenir compte, malgré l'évolution évidente des mentalités.

Comme nous venons de le dire, les nouvelles législations ne viennent souvent que confirmer des situations de fait. Mais il arrive aussi qu'elles suscitent de nouveaux apprentissages et provoquent par le fait même des réticences face à la loi.

Prenons par exemple cette question de "nom". Plusieurs couples favorisent encore exclusivement pour leurs enfants le nom de famille du père "car, disent-ils, la famille doit rester homogène". Ils oublient, ou ne veulent peut-être pas voir, que cette famille est en pleine mutation et qu'elle éclate en multiformes.

Quant à la conservation par les femmes mariées, de leur nom de naissance, il faudra l'effort conjugué de tous les services administratifs pour en imposer la coutume et vaincre certaines réticences provenant parfois des femmes elles-mêmes, lesquelles voient encore une preuve d'amour dans cette fusion des noms.

L'autonomie de l'homme et de la femme à l'intérieur du couple ne doit pas diviser ce couple mais l'aider à s'épanouir. Les vraies réformes vont venir dans la famille lorsque changeront les mentalités et les comportements des individus qui la composent et celles des institutions chargées de représenter les valeurs d'une société.

En terminant, je ne peux que souhaiter, qu'à l'instar de nombreux autres pays, soit appliquée le plus rapidement possible chez nous la convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes. Cette convention, vous le savez peut-être, rappelle que la discrimination à l'encontre des femmes viole les principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine, qu'elle entrave la participation des femmes dans les mêmes conditions que les hommes à la vie politique, sociale, économique et culturelle de leurs pays, qu'elle fait obstacle à l'accroissement du bien-être de la société et de la famille et qu'elle empêche les femmes de servir leur pays et l'humanité dans toute la mesure de leurs possibilités.

M^me^ Claire l'Heureux-Dubé :

Je remercie madame Bonenfant de cet éclairage historique et passionnant. D'une militante à un dissident, il n'y a qu'un pas. Si je comprends bien, c'est la position qu'a adoptée le professeur Wolfram Müller-Freienfels, du moins dans son exposé d'aujourd'hui. Je suis sûre que vous êtes tous curieux de savoir pourquoi le professeur Müller-Freienfels est d'avis que le droit de la famille n'est pas apte à être codifié.

Le professeur Müller-Freienfels est professeur à l'Université de Fribourg en Allemagne de l'Ouest et aussi directeur de l'Institut de droit comparé. Il est docteur honoris causa des Universités de Stockholm et de Bâle, membre de l'Académie des sciences à Vienne, en Autriche, de l'Académie de droit comparé et aussi auteur de nombreux ouvrages, parmi lesquels je cite : Marriage and the Law, Marriage Laws of the Great Revolutions, ainsi que de nombreux articles traitant de droit constitutionnel et de conflit des lois.

M. W. Müller-Freienfels :

LES RELATIONS D'ORDRE PERSONNEL

La réglementation juridique des relations familiales dans le cadre d'une codification du droit privé pose des problèmes particuliers qui rendent impossible son intégration dans la codification du droit des obligations et du droit foncier.

La première question d'ordre général qui se pose est celle de savoir si la codification du droit civil devrait englober le droit de la famille sous un chapitre distinct.

En U.R.S.S. (et, par conséquent, en Pologne, en Tchécoslovaquie, en Hongrie, en Bulgarie et en Yougoslavie), la doctrine rejette cette solution et veut que le droit de la famille soit distinct et séparé du droit civil. C'est ainsi que, de nos jours, ces pays codifient à part le droit de la famille.

Les systèmes juridiques des pays de l'Ouest sont, cependant, davantage intégristes. Dans la deuxième

foulée de législation civile qui a marqué la fin du XIX^{e} siècle, ce sont les Allemands qui, les premiers, ont codifié le droit de la famille et l'ont incorporé au Code civil du 1er janvier 1900. Le droit de la famille, le Préambule du Code mis à part, y figure à la suite des Livres sur le droit des obligations et le droit foncier et avant le cinquième et dernier Livre sur le droit des successions. Le Livre renfermant le droit de la famille est composé d'environ 620 articles tandis que le Code en compte en tout 2 385.

Cette structure manque toutefois de cohérence, tant du point de vue historique qu'en ce qui a trait à la logique de son système. En effet, elle est le résultat de conceptions divergentes de la justice et, de ce fait, le droit de la famille s'insère difficilement - du point de vue systématique, conceptuel et langagier - dans le B.G.B. (Code civil allemand).

Historiquement, la classification "droit des obligations" et "droit foncier" est fondée sur une structure juridique formelle et dichotomique issue du droit romain classique. En revanche, le rapprochement du droit de la famille et du droit des successions nous vient en grande partie du Siècle des lumières et du droit naturel séculier. Il est fondé sur l'indépendance concrète des divers aspects de la vie, et est orienté, non vers les notions conceptuelles, mais plutôt vers les réalités sociales. Ces démarches différentes ont pour conséquence l'élaboration de méthodes visant à résoudre des problèmes individuels de codification.

Pratique et homogène, le droit de la famille est bien plus près de la réalité, difficile et changeante, de la société que ne le sont le droit des obligations et le droit foncier. Tandis que, loin de la foule, les experts en droit des obligations et en droit foncier débattent calmement et froidement des questions de doctrine, et de tantièmes, ceux qui façonnent le droit de la famille sont aux prises avec, d'une part, les règles sociologiques, théologiques, pédagogiques et morales et, d'autres part, avec les réalités biologiques, médicales et sociales. Et nos législateurs, aujourd'hui plus que jamais, ont tendance à intervenir de façon très directe.En effet, nos députés et sénateurs, forts de leur propre expérience et faisant appel à leurs propres préjugés, croient avoir toute l'expérience requise pour légiférer dans ce domaine.

Après tout, ils ont chacun une famille, donc une source d'idées nouvelles en matière de droit familial. Lequel d'entre eux n'a pas été mis en présence du problème de l'enfant illégitime, de la belle-mère, de l'enfant d'un mariage antérieur ou encore du problème de la pension alimentaire ou du divorce? De plus, ses électeurs lui fourniront continuellement d'importantes sources d'idées, nonobstant la propagande - combien importante pour notre député - des débats continuels sur ces questions à la radio, à la télévision et dans la presse écrite. Ainsi, le droit de la famille est dans une large mesure victime d'une maladie contemporaine : "l'hyperactivité de la glande politique" (LEC).

Il n'est donc pas étonnant que, contrairement aux autres Livres du Code civil allemand, celui consacré au droit de la famille n'ait été incorporé au B.G.B. qu'à la suite de "confrontations féroces". Deux problèmes ont rendu le processus particulièrement ardu. D'abord il y eu le "Kulturkampf" que menait l'État laïc et libéral contre l'Église, surtout l'Église catholique, à la fin du XIX^{e} siècle, ce qui a engendré des confrontations entre le pouvoir religieux et le pouvoir séculaire. Ensuite, les femmes, déjà à cette époque, revendiquaient avec insistance l'égalité des droits. Les controverses qui, à l'époque, opposaient l'État et les groupes laïcs aux milieux religieux catholiques furent telles qu'elles mirent en danger le projet législatif tout entier. En fin de compte, l'incorporation dans le projet d'une réglementation des relations personnelles dans le mariage fut sérieusement compromise par ces différends.

Le domaine du droit de la famille reste toujours marqué par la faiblesse de ses règles face aux changements sociaux et aux débats politiques, surtout en ce qui a trait aux relations interpersonnelles. Alors que les structures fondamentales du B.G.B. en ce qui concerne le droit des obligations, le droit foncier et le droit des successions ont été très peu ébranlées depuis leur adoption, au début du siècle, le Livre quatrième traitant du droit de la famille a été remanié de fond en comble et continue de l'être, autant pour les questions de fond que pour les questions de forme. Aujourd'hui, grand nombre de réformes durables sont imposées par voie de règlement constitutionnel ou à la suite d'un jugement de la Cour constitutionnelle.

Dans la République fédérale d'Allemagne, la constitution et la Cour constitutionnelle ont imposé au Parlement des dates limite ; au cas où ce dernier

n'agirait pas dans les délais impartis, toute loi divergente deviendrait nulle, et la jurisprudence s'appliquerait à la place du droit codifié. Cette démarche, adoptée notamment pour faire en sorte que l'égalité des droits des sexes soit strictement respectée (voir la Loi fondamentale allemande, art. 3, par. 2), visait la disparition de moeurs sociales devenues parfaitement désuètes. Le Parlement fut menacé de la même épée de Damoclès en ce qui concernait l'égalité à accorder aux enfants légitimes et aux enfants naturels. Le 29 janvier 1969, la Cour constitutionnelle fédérale accordait un délai de six mois aux législateurs pour promulguer une loi à ce sujet. Le Parlement respecta ce délai et vota la loi BVerfGE 25, 167 et s.

De nos jours, le législateur est davantage conscient des possibilités politiques qu'offre la réforme de la codification du droit de la famille. Auparavant, les législateurs européens avaient, lorsque cela était possible, évité de "s'embourber" dans les réformes du droit de la famille. En effet, ils savaient que ces "réformes" avaient trop souvent un fond plus émotif que rationnel et que le débat qui les entourait dégénérait trop facilement en controverse religieuse et sectaire. Aussi évitaient-ils de s'impliquer dans des controverses passionnées, qui caractérisaient une époque d'instabilité politique, et préféraient-ils laisser à d'autres ce genre de controverse.

Aujourd'hui, en revanche, la réforme continue du droit de la famille a la faveur des législateurs. Une nouvelle ardeur, une nouvelle ambition et un réel effort de sensibilisation aux projets de réforme caractérisent les corps législatifs des pays de l'Ouest et de l'Est, surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Et pourtant, aucun groupe économique ou social puissant n'est intervenu pour prôner l'adoption de tel ou tel règlement. On ne sent pas de pressions particulières de la part des tenants ou des adversaires du divorce, des faiseurs d'enfants illégitimes ou des payeurs de pensions alimentaires. On ne perçoit que certaines manoeuvres dans le sens de la réforme. Malgré tout cela, les pays modernes de l'Europe continentale ont entrepris de faire, de façon continue, et cela depuis quelques décennies, la réforme globale ou partielle du droit de la famille. Citons quelques exemples, autres que ceux de l'Allemagne fédérale :

La France a réformé son droit de la filiation en 1972 et sa loi sur le divorce en 1975 ;

L'Italie, après l'adoption de sa loi sur le divorce en 1970, a révisé le droit de la famille en 1975 ;

Le Portugal a suivi le mouvement et a procédé, en 1977, à la refonte complète de son droit de la famille;

L'Autriche a refondu, étape par étape, tout son droit de la famille et introduit, le 1er janvier 1976, sa nouvelle loi sur la réorganisation des effets d'ordre personnel du mariage.

La Grèce a présenté, en 1979, un projet de réforme du droit de la famille ;

La Suisse a entrepris la révision de son droit de la famille ;

L'Espagne, rompant enfin avec ses traditions séculaires, a présenté en 1980 un projet de loi sur le divorce.

Cette floraison de réformes continues du droit de la famille constituent visiblement l'un des rares mouvements législatifs actuels qui touchent aussi bien les pays de l'Ouest que ceux de l'Est. Bien sûr, les concepts qui sous-tendent les réformes varient d'un pays à l'autre et, malgré d'apparentes similitudes, la logique interne de la réforme varie souvent.

Enfin, il y a un élément de propagande derrière ces réformes qu'il ne faut pas négliger. Des pays tels la Hongrie, la Pologne, la Tchécoslovaquie, l'U.R.S.S., les républiques soviétiques, individuellement, ainsi que les six républiques dont se compose la Yougoslavie, ont tous codifié récemment leur droit de la famille.

Lorsque, en RFA, à la suite d'une assez longue période d'un gouvernement démocrate-chrétien, la coalition sociale-libérale a pris le pouvoir, elle prépara, un peu à la hâte, en 1977-1978, une réforme du mariage qu'elle présenta avec une humble fierté sous le titre de "Première loi sur la réforme du droit régissant le mariage". Elle voulait donner l'impression qu'il s'agissait là de la première tentative jamais faite de réformer le droit du

mariage. Historiquement, cependant, cela est faux. Depuis la fin de la guerre, des réformes tant individuelles que fondamentales du droit de la famille, modifiant en conséquence le Code civil allemand, ont été promulguées avec succès et qui plus est, ont subi rapidement une série de modifications. Parmi les réformes introduites depuis 1945, citons la Loi sur la commission de contrôle (1946), la Loi sur l'égalité des droits (1957), la Loi modifiant le droit de la famille (1961) et la Loi sur les enfants illégitimes (1969).

Depuis lors, l'État s'est surtout préoccupé de la réorganisation de l'autorité parentale, réorganisation qui a transformé les rapports parents/enfants et, dans une certaine mesure, a accru la possibilité d'intervention de l'État. C'est probablement la voie dans laquelle on risque de s'engager à l'avenir, et cela à cause des pressions exercées par la Cour constitutionnelle qui, à plusieurs reprises, a déclaré comme étant inconstitutionnels les règlements en matière de droit de la famille récemment promulgués.

Depuis l'introduction du Code civil, le législateur a, lui aussi, changé sa façon de procéder en matière de droit de la famille. De plus en plus, quand il s'agit du comportement personnel des membres de la famille, se borne-t-il à des règlements de portée générale. Il en résulte une marge de manoeuvre toujours grandissante : la portée de la réglementation s'est déplacée un peu et elle est moins centrée sur la "protection par législation" et davantage orientée vers "l'autonomie de la personne".

Il arrive même que le législateur révoque un règlement statutaire, si bien qu'un problème perd son caractère juridique et sa solution relève des "normes sociales plutôt que des règlements", pour citer A.M. Glendon. Dans un siècle où la vie de l'homme est presque entièrement réglementée par l'État, cela pourrait, au premier abord, surprendre agréablement ceux qui désirent "que soit de nouveau privilégié le choix personnel". Mais il ne faudrait pas se réjouir trop vite. En effet, le législateur se rattrape en renforçant discrètement, mais efficacement, la réglementation en matière de patrimoine familial, de droit social de la famille, de fiscalité, de pension alimentaire, etc. En fin de compte, le résultat sera probablement le même, mais on ne pourra plus accuser l'État tout-puissant de dirigisme patriarcal. Les premiers Codes (notamment le Allgemeines Landrecht prussien de 1794) avaient, en effet, une tendance simpliste à

tout régir, même la vie privée, et cela de façon directe et peu délicate. On y réglementait même les motifs de refus de rapports sexuels. Ainsi, précisait-on que "l'épouse pouvait refuser d'avoir des rapports sexuels pendant la période d'allaitement de l'enfant". Toutefois un autre article (art. II, 2 par. 68) octroyait des droits compensateurs au mari qui, lui, pouvait déterminer la durée de la période d'allaitement.

Aujourd'hui, le législateur intervient de moins en moins dans cette partie du droit de la famille qui touche aux empêchements au mariage (voir par. 4 et s. de la loi allemande sur le mariage). C'était autrefois un domaine d'intervention privilégié pour l'État ; aujourd'hui, on a tendance à le laisser dans l'ombre. En effet, plus il est facile d'obtenir le divorce, moins il importe de se garder la porte de sortie qu'est l'annulation du mariage - seule solution quand le divorce n'est pas autorisé. Il est vrai que cette nouvelle orientation n'a pas encore eu toutes les conséquences auxquelles on pourrait s'attendre. Ainsi la loi allemande sur le mariage (art. 16 et s.) régit toujours la dissolution et la nullité du mariage. Cette question est également traitée dans le Projet de Code civil du Québec (art. 25 et s. du Livre II, chap. VI). Pour le théoricien qui se plaît à relever des cas extrêmes où le divorce n'est pas admissible, il s'agit d'un domaine controversé à souhait. D'un point de vue pratique, toutefois, ces règlements ne sont guère pertinents aujourd'hui. Si 834 mariages étaient déclarés nuls en 1950, ce nombre est passé à 37 en 1974. On relevait 767 cas de dissolution de mariage en 1950 alors qu'on en comptait 73 en 1974. En comparaison, le nombre des divorces qui est de plus de 100 000 par année, est beacoup plus important.

Un autre domaine délaissé par le législateur, exemple frappant, est celui des obligations personnelles dans le mariage et dans la vie familiale. À la fin du XVIII^{e} siècle, l'État moralisateur régissait en détail, par voie de statut, les devoirs conjugaux. Or, aujourd'hui, la législation allemande a abandonné son rôle de précepteur et se contente, plus ou moins, d'un article très général sur la communauté conjugale fondée sur l'égalité des droits entre les sexes (art. 1353, B.G.B.). Cet article renferme de grandes vérités évidentes et peu de choses concrètes, et par là, le législateur croit s'acquitter de l'obligation de réglementer les normes de conduite à un niveau de politique législative - une obligation à laquelle une grande importance est attribuée, dû au fait que le législateur européen contemporain s'oriente de façon plus marquée vers l'élaboration de politiques

législatives plutôt que vers le règlement concret de conflits (René David). Comme le faisait remarquer laconiquement un critique : "La contrainte de la loi cède la place à la contrainte bien moins lourde de la responsabilité interne". (V. Schwind) (Traduction). Il est vrai que Lec a dit aussi : "La moralité s'écroule - sur un lit de plus en plus douillet". (Traduction). C'est entre ces deux épigrammes que se situent les hauts et les bas des plus récentes tentatives de codification du droit de la famille.

Si le législateur civiliste-libéral accorde sa faveur à des articles de portée très générale, cela correspond à ses préférences linguistiques qui, en matière de droit de la famille, vont aux phrases et aux formules creuses. Cela permet, "avantage" bien douteux, d'assembler des points de vue parfaitement opposés ou, du moins, de donner l'apparence d'un rapprochement d'idées sous le signe du compromis politique. Donc, au lieu d'élaborer des règlements utiles et détaillés, le législateur, qui ne dort jamais, et surtout pas quand il s'agit du droit de la famille, préfère trouver des formules pouvant servir dans un contexte d'évaluation politique et qui sont idéologiquement inattaquables. Toutefois, cette surproduction opportuniste de règles de circonstance ne suit pas le courant moral central de la loi, et le droit de la famille n'est pas un sujet approprié pour de telles expériences.

De plus, le droit de la famille doit, dans une grande mesure, pouvoir fonctionner à l'abri des pressions politiques. Les relations d'ordre personnel, en particulier, sont une partie du droit de la famille dont les obligations et les sanctions sont imparfaites. Évidemment, la règle qui précise que "L'enfant, à tout âge, doit respect à ses père et mère" (Art. 352, Projet du Code civil du Québec), et qui, en RFA, a été formulée bilatéralement ("Les parents et les enfants se doivent aide et respect"), sonne fort bien à l'oreille d'un parent accablé. Du point de vue juridique, toutefois, cette déclaration n'a que peu de portée, les opinions à ce sujet étant très divergentes.

Enfin, dès qu'il s'agit des relations personnelles dans la famille, toutes les formulations législatives et leur interprétation se trouvent confrontées au dilemme suivant : parce que la loi est oeuvre de séparation et de différenciation et non de conciliation, toute règle de portée générale se heurte à l'idée même de l'amour qui doit régir le mariage et assurer la cohésion du foyer.

Le législateur a contourné ce problème en optant pour la solution qui lui semblait la plus facile. Il relègue le mariage - institution abstraite - au second plan et fonde toute discussion sur le mariage réel et charnel. Il en résulte, souvent, que le législateur trouve son rôle réduit à néant. Ainsi, la valeur en soi de la légitimité de l'enfant est devenue bien moins importante dans les nouvelles codifications. Les enfants légitimes et les enfants naturels sont mis sur le même pied et on différencie de moins en moins les deux catégories. L'intérêt est aujourd'hui centré sur la réglementation d'une notion peu précise, celle du "bien-être de l'enfant" (B.G.B., art. 1626 et s.) et la tendance est plutôt de discuter chaque situation comme un cas d'espèce et arriver à réconcilier les rapports juridiques et les rapports réels.

Autre problème, le droit de la famille doit régir non seulement le mariage institutionnel, mais aussi l'union de fait. S'agit-il vraiment de droit de la famille dans ce cas? Par exemple, doit-on faire appel au droit de la famille pour déterminer l'obligation d'un couple non marié de contribuer aux frais de leur ménage? Cette obligation ne découle-t-elle pas plutôt du fait qu'ils vivent ensemble, ce qui signifie qu'elle relève du droit des obligations et non du droit de la famille? Autre inconvénient, en régissant l'union de facto selon les normes du droit de la famille, on crée l'impression qu'il s'agit d'une espèce de mariage d'un type inférieur, ce que les partenaires à cette union ne conçoivent certainement pas.

En privilégiant la notion d'énoncés généraux dans le cadre d'une codification du droit de la famille, on laisse une marge de choix très grande quant aux objectifs pratiques visés. Des expressions-clés telles que "les meilleurs intérêts de la famille" (Projet de Code civil du Québec, Livre II, chap. VII, sect. III, art. 67); "le bien-être de l'enfant", "l'union de fait ou le mariage" (Projet de Code civil du Québec, Livre II, chap. VII, sect. I, art. 49) font déplacer dans une grande mesure le fardeau de la décision du législateur aux juges qui interprètent.

Depuis quelques années, et au fur et à mesure qu'évoluent les lois sur le divorce, on voit en RFA des divergences régionales dans la jurisprudence sur le divorce. Ainsi, on perçoit une tendance chez les juges, non à administrer la loi, mais plutôt à déterminer si, oui ou non, il y a motif de divorce, à la lumière de leur

conception personnelle et non juridique du divorce. On peut parer à une telle situation en ne tenant compte que du respect des périodes légales de séparation comme condition de divorce et en faisant de ce délai une condition absolue. C'est la solution, la bonne solution d'ailleurs, adoptée dans le Projet de Code civil du Québec (art. 241, al. 2 et 3, Livre II, chap. X.). Toutefois il y a, il me semble, un élément contradictoire dans l'article en question, puisqu'on retient aussi, à l'alinéa 1er, le motif traditionnel de divorce : "un époux a manqué gravement à une obligation résultant du mariage". Il s'agit, là, encore une fois d'une disposition générale qui constitue une abdication en faveur du juge par rapport aux dispositions très précises qui lui étaient imposées sur les délais prescrits par la loi (voir aussi les articles 1565 et 1566 du B.G.B.). Il se peut, cependant, qu'en pratique le juge traditionaliste soit plus à l'aise avec un tel compromis.

En R.F.A., étant donné des pouvoirs très larges et une imprécision des concepts juridiques, les réformes législatives offrent au juge une plus grande liberté dans le cadre du droit de la famille. En outre, à la suite de longs débats, la RFA a commencé, un peu timidement, à épouser la tendance mondiale et à mettre sur pied des tribunaux de la famille. Il existe maintenant des tribunaux de la famille où l'on achemine les cas relevant du droit de la famille. On a promulgué des règles particulières de procédure spécialement adaptées aux tribunaux de la famille ; toutefois, elles s'écartent assez peu des règles de procédure traditionnelles. On constate, toutefois, un effort assez généralisé de faire appel à des spécialistes, tels que les conseillers matrimoniaux, les psychologues pour enfants et les sociologues. On se borne, cependant, à ce genre d'aide complémentaire sans songer à transférer les fonctions judiciaires relatives au mariage ou à l'enfance à des tribunaux administratifs. Actuellement, il y a tout simplement trop de prestige rattaché à la profession judiciaire.

Mme Claire l'Heureux-Dubé :

Votre conférence a été, Monsieur Müller-Freienfels, très intéressante et je suis certaine que toutes les personnes présentes ont su l'apprécier à sa juste valeur.

Mme Marie-Thérèse Meulders-Klein est notre dernière participante, et non la moindre. Née en France, elle est diplômée de la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg, professeur en Belgique, à la Faculté de droit de l'Université francophone de Louvain. Elle est titulaire de la chaire de droit des personnes et de la famille, directrice du Centre de droit de la famille de Louvain-la-Neuve, président du département du droit civil jusqu'à cette année, et elle agit comme expert auprès de la Commission de justice du Sénat pour la réforme du droit de la filiation.

Mme Marie-Thérèse Meulders-Klein:

CODIFICATION NOUVELLE ET RELATIONS FAMILIALES EN EUROPE OCCIDENTALE

Codification, valeurs et langage...

Il est rare de rencontrer sous une formule aussi lapidaire une recherche aussi exigeante de la validité d'une technique, et par delà, du sens même de la loi dans son contenu et dans sa forme.

C'est à dire que le thème est tout à la fois fascinant et périlleux pour ceux qui s'y hasardent, a fortiori lorsque l'exercice s'applique à un domaine aussi délicat que celui des relations familiales.

Faut-il codifier ? Peut-on codifier, plus spécialement en matière familiale ? Si oui, comment ? Quant au fond, et c'est le problème des choix de valeurs véhiculées par la loi. Quant à la forme, et c'est le problème du langage, celui des mots, des concepts, de l'agencement logique des textes et de la cohérence du tout.

Telles sont les questions qu'il faut poser ici et autour desquelles je m'efforcerai de regrouper les remarques que peut inspirer une approche comparative de l'évolution récente du droit de la famille en Europe occidentale.

I CODIFICATION ET FAMILLE

1. Sens et portée de la technique de codification

S'interroger sur le principe même de la codification et sa validité, dans des pays tels que la France, la Belgique, les Pays-Bas, la Suisse, et bien d'autres encore, où cette technique est si solidement implantée que nul ne songerait sérieusement à la remettre en question, ne semble, a priori, pas revêtir un intérêt majeur. C'est sur le vieillissement des codes et leurs méthodes de révision, sur la prolifération des textes non codifiés et leurs modes d'intégration ou de coordination, sur le gauchissement même des notions de code et de codification que l'on se penche essentiellement (1), et ces problèmes, qui font l'objet d'autres études substantielles (2), n'ont pas à être traités ici.

Mais la question du sens profond de la technique de codification prend tout son relief dans un système de droit mixte tel que celui du Québec, où le droit civil de type continental, ou plus exactement romano-germanique, côtoie sans cesse la common law. Posée dans ce contexte, elle amène à s'attarder un instant sur les mérites et la signification d'un droit écrit et codifié par rapport à un système où, traditionnellement, les règles de droit sont élaborées par les juges, au fur et à mesure des besoins et en vue de la solution de litiges particuliers, sur base de l'expérience du passé et de ce qu'ils estiment être, au vu d'éventuelles distinctions, la solution la plus raisonnable, in casu (3). Même si l'opposition des deux techniques est classique (4), elle est susceptible d'apporter un point de départ utile à notre propos.

Accessibilité, prévisibilité, sécurité et garantie contre l'arbitraire résument, au moins idéalement parlant, les mérites du droit écrit auxquels la codification devait ajouter, historiquement, simplification, unification, systématisation et cohérence (5). L'évolution du droit anglais lui-même et les efforts des Laws Commissioners, depuis le Law Commission Act (1965), en vue d'une codification progressive de ce droit (6), atteste, en dépit de la querelle des Anciens et des Modernes qu'elle soulève (7) et des difficultés réelles d'une entreprise qui postule un changement radical de mentalité (8), que ces avantages ne passent, à tout le moins, pas inaperçus.

Mais il y a plus, et ce supplément se situe au niveau de la portée symbolique de la règle de droit posée à l'avance et coulée dans la forme écrite.

Ce n'est pas par hasard sans doute, qu'à l'encontre de la tradition anglaise, une charte aussi fondamentale que la Constitution des États-Unis a, voici deux siècles, été posée et scellée dans un texte écrit. En quoi transparaît déjà l'importance du matériau dans lequel sont gravés les mots, la solidité et la solennité qu'il ajoute au verbe.

Par ailleurs, qu'il s'agisse de lois fondamentales, telles que les Constitutions, ou de lois ordinaires, les règles de droit ainsi posées à l'avance se distinguent de la legal rule dégagée, cas par cas, par le droit jurisprudentiel anglais, par leur caractère de règle de conduite offerte à l'ensemble d'une population comme modèle de ce que le législateur, tenu pour porte-parole de la volonté générale (9), estime le plus souhaitable pour le bien de tous et de chacun (10). En formulant ainsi les droits et les devoirs, a priori, elles véhiculent un message que ne comporte pas le case-law et qui échappe sans doute au juriste de common law, moins préoccupé d'axiomatique que de solutions pratiques apportées sous forme de remèdes a posteriori (11).

Lorsque ces règles sont, en outre, coulées dans l'appareil cohérent et systématique d'un code, au sens majeur du terme, il est permis de croire que leur signification sociale s'en trouve encore amplifiée, dans la mesure où ce code constitue l'expression du système de valeurs admis et choisi par une société donnée (12). Cette remarque vaut pour tous les domaines du droit. Indépendamment de la difficile question de l'interaction entre la loi, les représentations et les conduites, elle explique l'importance psychologique de tout changement législatif dans les domaines importants de la vie sociale (13).

On peut, il est vrai, discuter des carences de la loi et du législateur, tributaires du jeu politique, du danger du légalisme positiviste, de la relative pesanteur du processus de réforme législative et du caractère utopique d'un système qui se préoccuperait plus de la justice abstraite que de sa réalisation concrète. Aucun système n'est parfait. Mais le rôle réservé aux juges dans les pays de droit codifié et l'usage correcteur, voire créateur qu'en a fait la jurisprudence, par le biais de l'interprétation et avec l'approbation plus ou mois tardive de la doctrine, montrent que le droit écrit n'est pas ici un droit figé et qu'un équilibre peut être trouvé entre la sécurité et la prévisibilité d'une part, et la souplesse requise pour les besoins de la justice dans un monde en perpétuelle évolutuion, de l'autre (14). Faut-il rappeler, au surplus, que la loi et les grandes codifications

elles-mêmes ont été l'arme privilégiée du changement, voire des révolutions (15), et que les lois sont susceptibles de se modifier plus vite qu'une jurisprudence?

2. Famille et droit

Toutefois, si la technique elle-même ne semble pas devoir être remise en cause, la question n'en demeure pas moins de savoir s'il est souhaitable, opportun, ou simplement possible de codifier encore en matière familiale, et plus particulièrement dans le domaine des relations personnelles, encore qu'il soit bien difficule de distinguer ici les aspects personnels et les aspects patrimoniaux, tant les uns et les autres obéissent finalement à une même philosophie et, partant, à une même politique. Aussi bien ne les dissocierons-nous pas.

La question ainsi posée est devenue délicate dans la mesure où les relations familiales apparaissent aujourd'hui comme le domaine par excellence de la vie privée, par opposition au rôle institutionnel que, traditionnellement, on leur a attribué dans le bon fonctionnement de l'ordre social, et surtout dans la mesure où les conceptions philosophiques et morales sous-jacentes sont de plus en plus profondément divisées. Chacun sait, en outre, que le domaine des sentiments et des obligations de faire échappent à l'exécution forcée. Or il importe peu que les relations familiales soient réglementées par la loi, la religion ou les moeurs lorsque les croyances sont unifiées et les règles de conduite communément respectées. Mais la question devient cruciale lorsqu'il n'y a plus d'unité sur la solution de besoins qui pourtant sont les mêmes. Faut-il, dans ce cas, légiférer ou non?

Et la perplexité s'accroît encore si l'on en croit la thèse selon laquelle le droit de la famille subirait actuellement un phénomème de "déjuridisation", de retrait du droit au profit d'autres normes sociales telles que la religion, la morale ou les moeurs, par un mouvement contraire à la "juridisation" séculière qui serait apparue pour la première fois dans l'histoire des sociétés humaines après la Réforme protestante et avec les législations du XVIIIe siècle (16). Si le droit se retire, faut-il encore codifier?

La thèse, à vrai dire, mérite quelque examen, à l'un et l'autre bout. Si durant la plus grande partie de son histoire, la famille n'a pas été régie par des lois, oeuvres conscientes et réfléchies de l'État telles que nous les connaissons aujourd'hui, elle n'a jamais été non plus affaire purement privée, mais affaire collective par

excellence, parce que liée à la survie. Elle a donc toujours été réglementée par des normes sociales, les plus anciennes sans doute de l'humanité, et généralement les plus strictes.

Mais la confusion s'établit au niveau de ce que l'on peut considérer ou non comme normes "juridiques". Il est assurément illusoire de prétendre distinguer droit, morale, religion et moeurs dans les sociétés archaïques, voire dans les sociétés historiques anciennes, tant le processus de rationalisation et de sécularisation du droit est d'origine récent (17). Mais il importe peu que les règles primitives, nébuleuses indistinctes (18), les prescrits religieux, qui peuvent être du droit (19), ou les coutumes, ce droit né du peuple et non du souverain (20), n'aient pas revêtu la forme des lois étatiques modernes, si, par le sentiment de leur généralité et de leur coercitivité, elles présentaient déjà les critères essentiels de la juridicité (21), quelles que soient par ailleurs les instances chargées d'en sanctionner la transgression (22). Les anthropologues nous rappellent que la famille ancienne était "un état de droit dont découlent certains faits, et non, selon la tendance moderne, un état de fait dont découlent certains droits" (23).

L'histoire du droit elle-même montre que le droit écrit ou coutumier régissait déjà la famille et le mariage dans les sociétés anciennes (24).

Inversement, il faut se demander si les mutations profondes subies par le droit du mariage dans les deux dernières décennies permettent véritablement de parler de "déjuridisation" des relations familiales et d'un retour, ou plus exactement d'une évolution vers une situation de nondroit, où triompherait, en définitive, le seul individu (25).

Indépendamment du fait que, dans l'État de droit moderne, changer la loi, même dans un sens permissif, est encore faire du droit au sens formel du terme, il existe un réel danger à confondre la réglementation du mariage avec celle de la famille. Pareille confusion ne peut s'expliquer que dans la mesure où le droit séculier occidental avait lui-même consacré le modèle de la famille progressivement imposé par le Christianisme: celui de la famille légitime, fondée sur le mariage (26), en principe indissoluble et seul lieu des relations sexuelles licites (27). En renonçant à privilégier ce modèle, en se "déchristianisant" en quelque sorte, il est possible que le droit se "sécularise" aujourd'hui plus qu'il ne l'avait jamais fait auparavant.

Mais il n'est pas certain que l'État moderne renonce pour autant à réglementer le droit privé des relations familiales, ni même le mariage, en Europe occidentale.

En considérant l'intitulé des Livres consacrés au "Droit des personnes et de la famille" dans les codifications européennes, postérieures au Code civil français (28), l'allongement du nombre des articles consacrés à ces matières, le renforcement des règles protectrices du régime primaire, l'apparition de notions telles que "l'intérêt de la famille", et la juridisation croissante de situations de fait telles que l'union "libre" et la filiation hors mariage, il est permis de se demander au contraire si le droit privé n'a pas, d'une certaine manière, élargi le champ de son intervention (29).

En telle manière que ce serait moins le droit qui se retire que le contenu des normes juridiques qui change, laissant ici plus de liberté, imposant là plus de rigueur et de justice, là précisément où l'abandon aux autres systèmes normatifs n'est pas jugé suffisamment fiable (30). En bref, c'est le problème des valeurs insérées dans le droit lui-même qui est ici en cause, et vers lequel il nous faut nous tourner maintenant.

II VALEURS ANCIENNES, VALEURS NOUVELLES

Aucun système de droit n'étant moralement neutre, même lorsqu'il prétend l'être (31), quelles sont donc ces valeurs nouvelles que charrient les nouvelles codifications?

Deux traits essentiels dominaient la famille traditionnelle: la subordination de l'individu aux intérêts du groupe qui lui assurait en retour la sécurité et la soumission des membres de ce groupe à une autorité chargée d'en gouverner les intérêts (32). En cette conception institutionnelle de la famille, axée sur la survie individuelle et collective et la perpétuation des familles au travers d'un culte ou d'un patrimoine, découlaient nécessairement des entraves à la liberté individuelle et un principe d'inégalité encore renforcé du fait que l'appartenance à une famille (ou son exclusion) se trouvait être la principale source de statut ou d'absence de statut social (33).

En dépit des idées novatrices développées par les théoriciens de l'École du droit naturel moderne dès le XVIIème siècle en faveur d'une conception contractuelle des relations conjugales et parentales et du principe d'égalité, ces grands traits survécurent dans les premiers codifications, y compris dans le Code civil des Français dont la conception individualiste contrastait cependant avec les autres codifications contemporaines ou postérieures (35).

Des raisons tirées de la "nature des choses" et des intérêts de la bourgeoisie triomphante justifiaient ces entorses aux idéaux égalitaires. L'ordre public et la paix des familles exigeaient, en outre, que le dogme libéral de l'autonomie des volontés cède dans un domaine qui s'accommodait mal des subjectivités individuelles (36).

C'est sur ce double front que l'on assiste à un renversement de tendances dans les législations récentes, sous la forme d'une montée des valeurs d'égalité et de liberté, tempérées de manière inégale par la valeur solidarité. Le dosage de ce troisième ingrédient trace lui-même la démarcation entre les nouveaux choix politiques (37).

1. Le principe d'égalité

Prenons d'abord l'égalité.

Chacun sait la richesse chromatique de ce thème: égalité des époux, égalité des père et mère, égalité des enfants nés dans ou hors mariage, égalité peut-être des couples mariés ou non mariés.

Il aura fallu deux siècles de plus pour que les théories jusnaturalistes de la famille s'incarnent dans le droit international (38), constitutionnel (39) et privé des nations occidentales, sous forme de principes fondamentaux assortis d'applications concrètes et de sanctions juridiques (40). En quoi l'on voit bien qu'il a fallu du droit.

C'est la fin non seulement de l'unité conjugale concrétisée par l'absorption de la personnalité de la femme dans celle du mari en common law (41), ou, moins radicalement, de son incapacité civile et de sa soumission à la puissance maritale (42), mais aussi des vestiges de la prépondérance du mari dans les effets personnels du mariage (43) et les régimes matrimoniaux (44).

Dorénavant, dans le ménage, il existe deux personnes qui en assument conjointement la responsabilité matérielle et morale (45), et ce principe, ici constitutionnel, là d'ordre public, leur interdit de revenir conventionnellement à un état de domination volontairement consenti, à tout le moins en droit (46).

La législation sur le nom elle-même s'efforce de refléter cette évolution. (47).

Même changement dans les rapports entre père et mère, qui partagent désormais l'exercice conjoint, ou concurrent, de l'ex-puissance paternelle, devenue autorité parentale. (48).

11. Plus laborieusement, parce qu'elle suscite des conflits de valeurs et d'intérêts, c'est l'égalité des enfants que l'on voit émerger, quelles que soient les circonstances de leur naissance. (49) Avec des nuances, dues à la résistance des mentalités et des faits, (51) le mariage cesse peu à peu d'être source de légitimité et des avantages qui en découlaient (50).

C'est un changement majeur au plan des principes, mais ce n'est pas, faut-il le dire, le retrait du droit.

L'enfant lui-même, dont l'intérêt devient prépondérant, au moins dans les principes, gagne voix au chapitre. Il devra, de plus en plus souvent, être entendu dans les décisions qui le concernent (51) ou être représenté de manière impartiale, et l'on demande au droit de veiller à ce qu'il en soit bien ainsi (52).

Quant au couple non marié, on s'interroge sur les manières de ne plus le discriminer: légiférer, ou simplement reconnaître la licéité de la situation et des actes juridiques entre concubins (53). Les réponses diffèrent selon le degré d'évolution des moeurs et des esprits. La diversité de fait et de droit entre mariage et concubinage, due à l'absence d'engagement officiel et à la difficulté de la preuve qui en résulte, fait que l'assimilation totale semble problématique en pratique, même là où le "principe de neutralité" est érigé en règle. Les hésitations des pays nordiques sont, à ce point de vue, assez exemplatives (54).

L'égalité, cette richesse nouvelle dans les rapports humains et familiaux, pose du reste d'autres problèmes encore. Celui de la résolution des conflits entre partenaires désormais placés sur le même pied. Celui, aussi, de la distorsion entre l'égalité proclamée en droit et l'inégalité de fait inscrite dans les réalités. Combiner au principe de liberté, cette distorsion risque d'être préoccupante.

2. Liberté et libre recherche du bonheur

Dans la famille ancienne, des finalités d'ordre naturel ou divin semblaient donner un fondement objectif aux restrictions apportées aux libertés et aux aspirations individuelles.

Curieusement, ce fondement objectif fut détruit par l'École de droit naturel moderne qui lui substitua un fondement subjectif, en donnant le primat à la volonté des individus, à leurs sentiments, à leur inaliénable liberté et à la libre recherche du bonheur (55).

Il a fallu deux siècles, ici encore, pour que ces idées commencent à se concrétiser dans le droit - hormis le bref épisode du droit intermédiaire à la faveur des changements profonds survenus au cours du XXe siècle dans le contexte économique, technologique et social du monde occidental.

Concrètement, cette liberté nouvelle, où la retrouvons-nous?

Dans le champ de l'autonomie contractuelle laissée aux intéressés eux-mêmes, d'abord.

Réduction progressive des empêchements à mariage, reconnaissance de certains actes ou pactes auparavant prohibés par l'ordre public (pactes de séparation amiable (56), conventions en vue du divorce (57), divorce par consentement mutuel, (58), concubinage et conventions de vie commune hors mariage, libre reconnaissance des enfants nés hors mariage (59), pour ne prendre que ces exemples). Ce ne sont là que des tendances suivies à des rythmes divers dans les différents systèmes juridiques. Elles sont néanmoins reconnaissables partout, même là où l'ensemble de la législation interdit de conclure par des généralisations hâtives, car il y a, c'est certain, des barrières qui n'ont pas encore été franchies.

Mais par delà cette liberté de se mettre d'accord, la liberté individuelle gagne aussi du terrain là où il n'y a pas d'accord.

À défaut d'arbitrage judiciaire prévu par la loi en cas de dissentiment entre époux ou entre père et mère, seule la soumission de l'un à la volonté de l'autre ou le divorce constituent les issues.

L'introduction du divorce "sans faute", surtout, - à des conditions plus ou moins permissives ou restrictives, il est vrai - permet à chacun des époux de rompre unilatéralement le contrat matrimonial contre la volonté de l'autre et sans avoir à démontrer sa faute (60). Bien plus, ce système permet au principal artisan de la faillite conjugale d'invoquer cet échec pour se délier à d'autant moins de frais que certains systèmes écartent aussi toute obligation alimentaire entre ex-conjoints (61). Enfin, c'est aussi par le biais de l'élimination de la notion de faute, cause de divorce, que le droit aurait renoncé, non seulement à protéger la pérennité du mariage, mais à en réglementer les effets, puisque dorénavant leur inexécution serait dénuée de sanction (62). Ce qui paraît excessif...

Libre entrée, libre sortie, libres effets du mariage, libre choix d'autres formes de vie commune, libre procréation, disparition du devoir de soutien familial, telles

seraient aujourd'hui les marques de la désertion du droit, sous la bannière de la recherche du bonheur et de la privacy (63). Seuls les droits des enfants seraient saufs. Et encore... (64).

Il serait cependant excessif de généraliser ce bilan à tous les pays d'Europe.

3. Solidarité et justice

À la description qui vient d'être donnée de la montée du libéralisme individualiste dans le droit du mariage, correspond une définition récente de l'union conjugale comme "l'association volontaire de deux individus indépendants". C'est celle donnée par le ministre de la Justice suédois à sa Commission de réforme du droit de la famille en 1969 (65). Elle ignore la solidarité.

Mais ce n'est pas celle de la plupart des autres Etats européens, ou du moins pas encore, ni celle apparemment de la nouvelle législation québécoise (66).

Les nuances apparaissent à différents niveaux. Celui des droits et devoirs réciproques des époux, et plus généralement des membres de la famille, d'abord. Celui de la protection de l'entité familiale ensuite. L'une et l'autre de ces préoccupations se reflètent aussi au travers du rôle conféré au juge (ou à d'autres organes d'intervention) dans le déroulement de la vie familiale.

D'une manière générale le processus d'égalisation des époux a principalement abouti à "bilatéraliser" leurs droits et devoirs réciproques, non à les supprimer. Communauté de vie, fidélité, secours et assistance, contribution aux charges du mariage, obligation de nourrir et d'élever les enfants communs, demeurent de l'essence du mariage et, à ce titre, d'ordre public, même si certains devoirs tels que celui de vie commune ont été assouplis (67) et si l'adultère a pratiquement partout cessé d'être un délit pénal (68). En matière patrimoniale, un régime matrimonial "primaire" s'imposant impérativement à tous les couples a généralement été introduit et renforcé (69). Même en Allemagne, où un tel régime semble moins clairement affirmé, il en existe d'indéniables éléments (70). Nulle part la séparation de biens n'a été adoptée comme régime matrimonial légal dans les législations récentes. L'Italie, qui le consacrait auparavant, y a renoncé en 1975, en faveur d'un régime de communauté d'acquêts (71), et l'Autriche, qui l'a conservé, y a apporté, par la loi du 15 juin 1978, des correctifs tels en matière de partage lors de la dissolution du mariage, que le nouveau régime s'apparente davantage à une participation aux acquêts (72). Là où il est adopté ou proposé comme régime légal,

le régime de participation aux acquêts cherche à combiner les idées de partage des avoirs et d'indépendance des pouvoirs, dans les limites prévues par la loi (73).

Dans la plupart des pays, bien que dans des mesures variables et selon des modalités différentes, des recours judiciaires ont été prévus, soit par des dispositions spéciales, soit par une clause générale, en cas de dissentiment entre époux et surtout de manquement grave de l'un d'eux à ses obligations, à des fins d'arbitrage ou de protection, en dehors même de toute procédure en divorce ou en séparation de corps (74). Enfin, même là où l'accès au divorce a été considérablement élargi grâce à l'introduction du système du divorce sans faute, le souci du législateur s'est reporté sur la procédure (75) et sur la réglementation de ses effets patrimoniaux et spécialement alimentaires, notamment sous la forme d'un régime de pension plus favorable au conjoint auquel le divorce se trouverait imposé contre sa volonté et sans qu'une faute ait pu être démontrée dans son chef (76) ou encore d'un partage inégal des biens (77).

Curieusement, à l'exception de la Suède qui a supprimé, sauf exception, la pension après divorce par une loi de 1978, le fait que l'élimination de la notion de faute elle-même permette au conjoint responsable de l'échec conjugal de réclamer une pension à l'autre, en fonction de son état de besoin, renforce la persistance d'une certaine solidarité entre les ex-époux, fût-elle limitée dans le temps (78). En République fédérale d'Allemagne, ce souci de réglementation des effets du divorce a reçu un tel développement dans la loi du 14 juin 1976, qu'il a pris les proportions non seulement d'une véritable entrave au divorce, mais d'une dissuasion au mariage lui-même (79). Parmi les dispositions de cette loi, on relèvera, en particulier, l'obligation redoutable et illimitée des époux qui divorcent de se renseigner mutuellement sur leurs biens et revenus respectifs (art. 1580 B.G.B. nouv.)...(80).

Quant au conjoint survivant, il occupe, dans toutes les législations récentes, une position de plus en plus privilégiée, attestant le renforcement des liens entre époux au-delà même de la mort (81).

Partout aussi, faut-il le dire, le souci d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant et le respect des devoirs parentaux est devenu prioritaire, y compris l'exécution forcée des obligations alimentaires (82), même si le dilemme de l'entretien des enfants d'unions successives devient de plus en plus lancinant.

Dans la plupart des pays européens enfin, hormis l'Angleterre et les pays nordiques, les obligations alimentaires réciproques entre ascendants et descendants, au moins en ligne directe légitime, naturelle ou adoptive, et souvent même entre collatéraux ou alliés, sont maintenues (83).

20. Mais, indépendamment de ces relations de solidarité interpersonnelles, d'autres éléments permettent de relever dans les législations européennes récentes comme dans les Actes internationaux, des indices d'une prise en considération persistante ou nouvelle de l'entité familiale comme distincte de ses propres membres.

C'est d'abord, suite aux modifications relatives au nom des époux, dans le contexte de l'égalité nouvelle, l'apparition dans certains pays de dispositions relatives au choix d'un "nom de famille" représentant l'unité familiale et transmis aux enfants nés du mariage. Tel est le cas en Allemagne et en Autriche, notamment (84).

C'est ensuite la protection de plus en plus généralisée du "logement familial" et de certains biens d'usage commun qui échappent à la libre disposition de chacun des époux (voire des concubins eux-mêmes), lui fussent-ils propres (85). Les droits les plus sacrés du libéralisme, propriété et autonomie, fléchissent devant ce nouvel impératif: la protection du cadre de vie matériel de la "famille", celle-ci fût-elle réduite à l'autre conjoint, et la famille fût-elle disloquée.

C'est enfin la notion générale d'"intérêt de la famille" ou du "ménage" qui apparaît de manière de plus en plus récurrente comme critère de contrôle ou de recherche de la solution la plus adéquate, qu'il y ait ou non conflit entre les époux. L'expression la plus significative de l'existence de cette entité qui mérite la sollicitude et le respect des conjoints apparaît dans l'article 159 du Code civil suisse, tel que modifié par la loi du 5 octobre 1984 sur les effets généraux du mariage, régime matrimonial et successions:

> "La célébration du mariage crée l'union conjugale. Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants"

Mais on la retrouve - d'une manière générale - formulée d'une autre façon dans les nouvelles codifications.

21. C'est cette notion d'"intérêt de la famille" qui englobe mais dépasse les intérêts personnels des époux, comme aussi la notion d'"intérêt de l'enfant", ainsi que le

souci de protection des individus, déjà mentionné plus haut, qui donnent aujourd'hui aux juges un pouvoir d'intervention beaucoup plus étendu et profondément différent dans sa nature de celui qu'ils exercent normalement dans le cadre d'une fonction juridictionnelle classique: celui de veiller, selon une appréciation discrétionnaire des faits, à la protection des intérêts familiaux ou individuels, le cas échéant même en l'absence de conflit, selon une directive générale qui leur est donnée par le législateur lui-même (86).

Ainsi s'opposent deux conceptions du droit de la famille au sein des systèmes juridiques occidentaux, selon le rôle accordé à la liberté ou à la solidarité, et la ligne qui les sépare paraît bien passer entre les systèmes anglo-américains et nordiques d'une part, et les autres systèmes européens, de l'autre, même s'il existe de part et d'autre, des indices de l'autre tendance.

Que le libéralisme individualiste triomphe dans les pays de common law ne saurait étonner. Outre une longue tradition historique et philosophique imprégnée de cet esprit, ces systèmes de droit non codifié ont aussi, de manière constante, volontairement ignoré ce qui se passait dans le couple entre le moment de la formation du mariage et celui de sa dissolution, soit que la femme disparaisse purement et simplement dans la personne de son mari, soit que le principe de non-intervention dans l'intimité d'un couple non séparé justifie la même ignorance, quels que puissent être au demeurant les abus et les plaintes. Lorsque par le Married Women's Property Act (1882), ultérieurement complété par le Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act de 1935, la femme mariée anglaise sortit de la fiction d'inexistence, ce fut pour passer à celle de femme célibataire, étrangère à son mari, au plan patrimonial, et les efforts réalisés dans les dernières décennies pour introduire quelques "considérations d'ordre familial" dans les conséquences du mariage n'ont pas véritablement réussi à ébranler une mentalité que l'évolution rapide des moeurs rend plus actuelle que jamais (87).

La question se présente de manière différente dans les pays nordiques, pays de tradition romano-germanique. L'originalité principale de ces pays réside sans doute, historiquement, dans leur appartenance religieuse homogène au Protestantisme, dont l'éthique individuelle de liberté est le trait fondamental, mais dont la rigueur est susceptible de disparaître avec la foi elle-même (88). Le second trait, plus récent, trouve sa source dans l'empreinte idéologique puissante d'un régime socialiste tel que le régime suédois, soucieux d'imposer, en même temps que sa politique économique et sociale, un "principe de neutralité"

en matière familale, qui le distance nettement des législations socialistes d'inspiration marxiste des pays d'Europe de l'Est dans leur état présent, et compense par l'intervention croissante de l'état-Providence la fragilité croissante des relations familiales (89).

Dans les autres Etats européens, il existe indiscutablement des marques d'une évolution vers plus de liberté dans les choix individuels et familiaux, mais aussi un souci de compromis, moins dicté peut-être par les survivances d'un conservatisme passéiste que par une recherche, consciente ou inconsciente, d'humanité et de justice s'apparentant à celle qui, dans le domaine des contrats, fit progressivement tempérer le dogme libéral de l'autonomie des volontés et du libre jeu des rapports de force depuis le début de ce siècle.

Il existe peut-être une corrélation secrète entre cette régression des libertés individuelles dans le domaine économique et social, et leur montée dans le domaine sexuel et familial.

Dans les deux cas cependant, le réalisme montre que la complexité des relations humaines entre l'individu et le tout est telle, qu'elle soit familiale ou sociale, qu'un équilibre doit être trouvé entre l'individualisme pur et le collectivisme outrancier, pour que ces relations puissent demeurer viables et vivables.

La difficulté des temps présents, surtout en matière familiale, est de trouver cet équilibre et la voie d'un droit juste sans être moralisateur.

Au surplus, et indépendamment de toute considération morale, un autre réalisme laisse poindre aujourd'hui un raidissement de l'Etat-Providence face à la prise en charge de toutes les conséquences de la crise des familles, et il n'est pas impossible que cette crise de l'Etat oblige, à plus ou moins brève échéance, les pays occidentaux à tempérer les excès d'un individualisme devenu trop coûteux.

Pour toutes ces raisons, il ne nous paraît pas certain que le droit se retire vraiment des matières familiales.

Comment le pourrait-il d'ailleurs, alors que ces problèmes deviennent si lancinants, sans faillir à sa mission de justice ou, plus simplement, sans manquer de réalisme?

25. Reste alors la question des méthodes, et ce n'est pas la moindre, puisqu'il s'agit de l'art de légiférer lui-même.

De ce point de vue, la méthode la plus souhaitable est sans doute celle d'une réforme globale, cohérente, concertée, préparée par des enquêtes soigneuses et par des experts qualifiés; la plus détestable, celle du travail au coup par coup, improvisé au hasard d'initiatives parlementaires, elles-mêmes inspirées par les intérêts et les pressions du moment. Hélas, la première démarche est luxueuse et rare, et au surplus souvent remise en cause par les aléas et les vicissitudes de la vie politique. Nombre de ceux qui ont participé à la préparation des lois savent à quel point celles-ci peuvent sortir mutilées, déformées, dénaturées, au fond et dans la forme, des discussions et compromis parlementaires, ou d'une démission devant la recherche de formules claires et cohérentes.

L'art de légiférer en matière familiale est assurément l'un des plus ardus, en faison de la nature fluide et mouvante de son objet. Il n'en reste pas moins essentiel, dans la mesure où il conditionne l'accès à la justice et à la sécurité de chacun d'entre nous, et plus particulièrement des plus faibles.

NOTES:

1. V. notamment à ce sujet F. TERRÉ, "Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et des situations actuelles", in Études de droit contemporain, Ve Congrès internatonal de droit comparé, Strasbourg, 1962, Paris, Ed. Cujas, 1962, pp. 175-201; Problems of Codification, 1977, publié sous la direction de J.S. STOLJAR, avec la collaboration de H.COING, K. ZWEIGERT, A. TUNC, W. MULLER-FREIENFELS ET A.von OVERBECK; D. TALLON, "La codification en France", Annuaire de Législation française et étrangère, 1978, pp. 12-18; D. TALLON, "Codification and Consolidation of the Law at the Present Time", 14 Israël Law Review, 1, 1979, pp.

2. V. notamment les rapports de MM. G.CORNU, J.L. BAUDOUIN, W.M. KLEYN, M. SPARER, R. SACCO, F. TERRÉ et A. BISSON dans le présent ouvrage.

3. V. R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporain, Précis Dalloz, 1971, pp. 349 et s., sp. pp. 375-380 et pp. 398-411.

4. V. à ce sujet W. FRIEDMAN, Théorie générale du droit, Chap. 32 "La science du droit anglaise, américaine et continentale", pp. 468-513, Paris, L.G.D.J., 1965. En dépit de certains rapprochements entre les deux systèmes, leur dualisme restera profond tant que la loi statutaire n'aura d'autre mission que de compléter ou de corriger la common law et que la condification ne dépassera pas le stade de la compilation ou de la consolidation de l'oeuvre des juges.

5. R. DAVID, op. cit., supra, note 3, pp. 63-65 et pp. 92-100. V. aussi R.H. GRAVESON, "Les méthodes de réforme du droit", Rev. int. dr. comp., 1967, pp. 353-361.

6. V. not. D. TALLON, "La réforme du droit dans le Royaume Uni depuis la création des Law Commissions, "Annuaire de Législation française et étrangère, 1972, pp. 1-11 et les références.

7. V. en particulier H.R. HAHLO, "Here lies the Common Law: Rest in Peace", 30 Mod. Law Review, 1967, pp. 241-259 et la réponse de L.C.B. GOWER, Law Commisionner, pp. 259-262.

8. V. H.R. HAHLO, "Codifying the Common Law: Proctracted Gestation", 38 Mod. Law Review, 1975, pp. 23-30; S.M. CRETNEY (membre de la Law Commission anglaise), "The Codification of Family Law", 44 Mod. Law Review, 1981, pp. 1-20. Sur l'incompatibilité de l'esprit et de la méthode de la common law avec la méthode législative de type continental, v. aussi R. DAVID, op. cit., supra, note 3, pp. 375-378, 398-401.

9. V. art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1979.

10. Sur l'origine historique de cette conception axiomatique de la règle de droit en droit continental européen, v. R. DAVID, op. cit., supra, note 3, pp. 39-47. V. aussi pp. 93-97.

11. "Remedies Precede Rights". Sur les conséquences surprenantes de cet adage en matière d'effets du mariage et les différences d'attitude de la Law Commission écossaise à ce sujet, v. S.M. CRETNEY, op. cit., supra, note 8, pp. 9-13. Comp. en ce qui concerne le nécessaire rôle créateur des droits subjectifs a priori, par l'ordre juridique positif, F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, Éd. Vie ouvrière, Bruxelles, 1974, pp. 19-20; J. RIVERO, Les libertés publiques, t. I, Les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1973, pp. 16-17.

12. La plupart des grandes codifications ont eu pour but une volonté de changement et véhiculent sinon nécessairement un programme politique au sens étroit du terme, du moins un programme de société au travers d'une réforme du droit ancien par un droit nouveau. L'adoption d'un tel code postule l'adhésion à l'ensemble cohérent de principes sur lequel il repose, bien plus que l'adoption d'une simple loi.

13. Il se peut que cet impact soit renforcé, dans les pays de droit civil par la proclamation légaliste de l'article 5 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, selon lequel:

> "... Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas...",
>
> elle-même émanant de la philosophie du Siècle des Lumières.

Il n'empêche que les incidences phychologiques et sociologiques d'une réforme législative sont vraisemblablement ressenties de manière analogue dans les pays de common law, où le problème des interactions entre la loi, les mentalités et les conduites ont donné lieu à de nombreuses recherches de sociologie juridique (v. not. W. EVAN, "Law as an Instrument of Social Change", in, Applied Sociology, A. Goulder and S. Miller, Eds., (1965); E. SCHUR, Law ans Society (1968); Cl. GRACE and Ph. WILKINSON, Sociological Inquiry and Legal Phenomena (1978), pp. 118-124, cités par S.M. CRETNEY, op. cit., supra, note 8, p. 13, note 68.)

En Europe, les démographes ROUSSEL et FESTY soulignent également, dans leur étude relative à L'évolution récente des attitudes et des comportements à l'égard de la famille dans les États membres du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Études démographiques, n° 4, les incidences des changements législatifs survenus en matière de divorce, contraception et avortement, du simple fait "qu'en un espace de temps très bref, ce qui, pour des populations très nombreuses, était interdit est devenu autorité, et ce qui était difficile, aisé ", même si les attitudes avaient déjà préalablement évolué.

Sur le rôle dissuasif ou exhortatif de la loi, même si son projet idéal ne peut être entièrement réalisé, v. F. RIGAUX, op. cit., supra, note 11, pp. 38-40 (Chap. 13 "L'ordre juridique et l'État") et pp. 144-167 (Chap. 37, "L'application du droit en dehors de toute intervention étatique"); J. CARBONNIER, Flexible droit, Précis, L.G.D.J., 1969, pp. 91-103 ("Effectivité et ineffectivité de la règle de droit") et, du même auteur, la pénétrante étude intitulée "Toute loi en soi est-elle un mal ?", in Essai sur les lois, Rép. Defrénois, 1979, pp. 281-298.

14. Sur ce rôle de la jurisprudence dans les pays de droit romano-germanique, d'une manière générale R. DAVID, op. cit. supra, note 3, p 130 et s.

15. En particulier W. MULLER-FREIENFELS, "Zur revolutionären Familiengesetzgebung, insbesondere zum Ehegesetz der Volksrepublik China" vom 1.5.1950, in Ius Privatum Gentium, Feitschrift Max Rheinstein, t. II, Tübingen, 1960, p. 843; J. CARBONNIER, Droit civil, t. I, Paris, P.U.F., 1980, p. 32.

16. La théorie développée par M. RHEINSTEIN dans divers écrits ("Trends in Marriage and Divorce Law of Western Societies", in Source Books in Marriage and the Family, SUSSMAN (Ed.),1963, Boston, Houghton Mifflin, pp. 440-450; "Marriage Stability, Divorce and the Law", Chicago, Univ. Chicago Press, 1972; International Encyclopedia of Comparative Law, vol. IV, Chap. I) et reprise par M.A. GLENDON dans son ouvrage Family, State and the Law, North Holland Publ. Cy, 1977. Selon cette thèse, le mariage n'aurait jamais fait l'objet d'une réglementation légale par l'État avant le XVIIIe siècle, mais aurait été soumis seulement à des règles sociales telles que les usages, les moeurs ou la religion, le droit canonique lui-même ayant juridisé pour la première fois le mariage mais sous une forme religieuse. Le processus actuel de "déréglementation" ou de "délégalisation" du mariage engagé par l'évolution des lois occidentales assez récentes, tendrait à revenir à l'état initial (plus particulièrement à ce sujet M.A. GLENDON, op. cit., chap. 7, pp. 305-330.

17. La distinction entre les quatre modèles de régulation sociale (moeurs, religion, morale et droit) telle que nous l'opérons aujourd'hui, suppose en effet l'existence d'une société suffisamment évoluée pour différencier ces modèles les uns des autres. L'émergence du droit comme mode de régulation distinct des trois autres est récente et, même dans la réalité contemporaine, il est difficile de cerner avec précision ce que pourrait être le droit "pur". F. RIGAUX, op. cit., supra, note 11, pp. 338-348.

18. Ce que les ethnologues décrivent comme les "moeurs" des sociétés primitives ne se laisse pas segmenter, mais englobe tous les modèles de comportement s'imposant d'eux-mêmes aux individus et assurant l'équilibre du groupe et sa permanence (sexualité, parenté et alliance, usages alimentaires, production et échange des biens). Profane et sacré ne s'y distinguent pas davantage. F. RIGAUX, op. cit., supra, note 11, pp. 338-339.

19. Dès qu'elles apparurent, toutes les grandes religions furent porteuses de normes juridiques mêlant étroitement les règles de droit organisant la vie des hommes et les interdits religieux (en particulier le Décalogue et le Coran). Seul le Nouveau Testament ne comportait aucun précepte proprement juridique, F. RIGAUX, op. cit., supra, note 11, p. 342. Parmi les législations actuelles, il ne fait pas de doute que certaines demeurent essentiellement du droit religieux (le droit islamique).

20. Parmi les sources du droit, la coutume occupe, historiquement, un rôle essentiel et nul ne songe à en contester la nature juridique. À ce sujet CARBONNIER, Droit civil, t. I, pp. 20-22 et 30-32 et du même auteur, Sociologie juridique, Libr. Armand Collin, 1972, p. 132. Par opposition aux moeurs (Sitte) qui sont "des coutumes non juridiques" et aux simples usages (Brauch), les coutumes sont des normes qui se sont juridisées, la force de l'habitude conférant à la pratique la coercitivité du droit, assortie de sanction. En ce sens, la coutume, phénomène d'opinion publique, est aussi un mécanisme d'Etat, comme la loi.

21. Au sujet du "sentiment de la règle", comme premier phénomène juridique antérieur à la formulation de la règle elle-même, J.CARBONNIER, "Sur le caractère primitif de la règle de droit", in Mélanges Roubier, Paris, Dalloz, 1961, pp. 109-121 et sur les critères de la juridicité, J. CARBONNIER, Sociologie juridique, pp. 129 et s. v. aussi le titre évocateur de l'ouvrage de Sir H. MAINE, Ancient Law (Londres, 1861), réed. 1959, Oxford University Press.

22. Dans la typologie développée par Max WEBER, la loi correspond à la phase ultime de nationalisation du droit (droit rationnel et formel) mais la loi elle-même n'est que le moyem technique récent d'une façon de faire plus ancienne et les trois idéaux-types du droit correspondant aux stades antérieurs (droit irrationnel et formel, droit rationnel et matériel) constituent tous du droit, le critère déterminant, pour le sociologue du droit, étant la coercitivité et la présence d'un organe de contrainte, quel qu'il soit. À ce sujet Max WEBER in Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, 2e partie, chap. 7, Wirtschaft und Recht, Rechtsoziologie ainsi que les commentaires de J. FREUND, Sociologie de Max Weber, Paris, P.U.F., 1968, pp. 214 et s., sp. p. 217 et pp. 223-224.

23. M. MAUSS, Traité d'ethnographie, 1947, p. 125, cité par OURLIAC et DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé, Paris, P.U.F., 1968, t. III "Le droit familial", p. 30.

24. Sur la réglementation juridique du mariage et des relations familiales en droit romain et dans les droits germaniques, v. plus particulièrement P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé, précité, supra, note 23. On ne saurait en tous cas déduire de l'absence de formalités légales à remplir pour la conclusion ou la dissolution du mariage à Rome, à l'absence de toute réglementation de cette

matière par le ius civile, notamment quant aux conditions de fond et aux effets du mariage. F. RIGAUX, Droit des Personnes, Précis, Bruxelles, Larcier, 1970, t. I, nº 68-74, 529-534; OURLIAC et DE MALAFOSSE, op. cit., supra, note 23, pp. 165-182. En ce qui concerne la mariage et le divorce dans le droit séculier des lois barbares, OURLIAC et DE MALAFOSSE, op. cit., supra, note 23, pp. 184-185.

25. La différence essentielle, par rapport aux états antérieurs, serait en effet que la religion, la morale et les moeurs ne présentant désormais plus aucune homogénéité, ni aucune force contraignante, il risquerait d'en résulter en fait un état d'anomie. Maw WEBER relève précisément que le rôle du droit s'est accru au cours des derniers siècles, prenant la relève des religions et des moeurs. F. RIGAUX, op. cit., supra, note 11, p. 347.

26. Il est intéressant de relever que dans les conceptions plus anciennes de la famille, et notamment en droit romain, la famille n'est pas fondée sur le mariage, mais le précède, l'englobe et peut par conséquent survivre à sa dissolution.

27. V. par exemple la conception du Code civil français de 1804 et la notion de "Christian Marriage" donnée par la juridprudence anglaise (Hyde v. Hyde (1866), L.R. A P and M 130) (Divorce Court): "I conceive that mariage, as understood in Chistendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others" (Lord PENZANCE). V. aussi la définition donnée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale de la République fédérale allemande du 29 juillet 1959, BVerfGE, 10, 66: "Le mariage est, selon la Loi Fondamentale, l'union d'un homme et d'une femme, en vue de former une communauté de vie en principe indissoluble".

28. V. not. à ce sujet W. MULLER-FREIENFELS, "Familienrechtliche Kodifikationen im Wandel der Anschauungen," in Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, 1976, pp. 111-150.

29. Sur touts ces points, v. infra, n° 48 et s.

30. Comp. entre elles les deux études de J. CARBONNIER, "Les phénomènes d'internormativité", (1979) et "Toute loi en soi est-elle un mal"? (1978), in Essai sur les lois, précité, supra, note, 13, pp. 250-270 et pp. 281-298.

31. V. également sur les rapports entre les valeurs et le droit, les pénétrantes remarques de F. RIGAUX, Introduction à la science du droit, précité, supra, note 11, sp. pp. 343-347, 366-367 et 369-373. Cette vision n'est pas pour autant "conservatrice". Elle tend simplement à affirmer que le droit est indissociable d'un système de valeurs, qu'il peut et doit promouvoir des valeurs, le choix de celles-ci restant bien entendu une autre question.

32. V. not. E.W.BURGESS, The Family form Institution to companionship, New York, 1954. Sur la conception négro-africaine de la famille traditionnelle et sur la conception chinoise antérieure à la Révolution de 1949, v. les rapports de G.A. KOUASSIGAN et TSIEN TcheHao, in Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines, Actes des VIIIèmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 120 et s.

33. Sur le rôle de l'appartenance familiale comme source de "statut" et l'évolution de la condition juridique de la personne fondée sur le passage du statut au contrat, dans les sociétés progressistes, v. Sir H. MAINE, Ancient Law, précité, supra, note 21, sp. pp. 139-140.

34. V. A. DUFOUR, "Autorité maritale et autorité paternelle dans l'École du droit naturel moderne", Archives de Philosophie du Droit, 1975, pp. 90-125.

35. V. W. MULLER-FREIENFELS, "Familienrechtliche Kodifikationen...", précité, supra, note 28, sp. pp. 120-126; J. DABIN, "Sur le concept de famille", in Misallanea Vermeersch, t. II, Analecta Gregoria, vol. II, Rome, 1935, pp. 229-262; F. RIGAUX, Les Personnes, t. I, n° 279-298 et 375-377.

36. V. not. J. BONNECASE, La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille, 1928, spéc. en ce qui concerne la notion de "mariage-contrat" et de "mariage-institution", p. 142 et s.

37. Afin d'éviter de surcharger les notes infrapaginales de références de doctrine trop nombreuses en matière comparative, nous nous permettons de ne citer que les sources législatives, et de renvoyer le lecteur, d'une manière générale, aux commentaires nationaux publiés dans la collection "Mariage et Famille en question", Ed. du C.N.R.S., Lyon, en ce qui concerne la France (1978-1979), l'Allemagne (1979), l'Angleterre (1979), le Belgique, la Suisse, l'Autriche, Les Pays-Bas et subsidiairement la Scandinavie (1980), l'Italie (1982). V. aussi BERGMANN-FERID, Internationales Ehe und Kindschaftrecht, et en matière patrimoniale, Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités Droit international privé et droit comparé, Ed. La Baconniere, Neufchâtel, 1979, vol. 1 et 2.

38. V. par exemple les articles 16, al. 1er et 25, al. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), les articles 23, al. 1er et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (1966), le Projet de principes généraux, concernant l'égalité des personnes nées hors mariage et la non discrimination à l'égard de ces personnes, adopté par le Conseil économique et social des Nations Unies le 13 mai 1977, la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage (1975) 85, la Résolution (78) 37 du Conseil de l'Europe sur l'égalité des époux en droit civil, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979.

39. V. not. les articles 3, II et 6, V de la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, concernant l'égalité des sexes, et le droit à l'égalité des chances des enfants nés dans et hors mariage; l'article 29, al. 2 de la Constitution italienne de 1947, relatif à l'égalité morale et juridique des époux (dans les limites compatibles avec l'unité de la famille) et l'article 30, sur la protection des enfants naturels.

40. V. les incidences de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur l'évolution de la législation allemande en matière d'égalité des sexes (Glückberechtigunggesetz du 18 juin 1957 et 1. Eherechtreformgesetz du 14 juin 1976) et d'égalité des enfants nés dans et hors mariage (Nichtehelichengesetz du 19 août 1969) ainsi que les correctifs apportés par la Cour constitutionnelle italienne à l'application des dispositions du Code civil relatives et aux droits respectifs des époux et aux enfants naturels

(V. M. BESSONE et G. FERRANDO, "Filiation naturelle, parenté naturelle et famille de fait" in Mariage et Famille en question, Italie, pp. 75-114 V. aussi l'arrêt Marckx, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme contre la Belgique le 13 juin 1979 et condamnant la législation belge relative à l'établissement de la filiation maternelle naturelle et aux effets de la filation hors mariage pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect de la vie privée et familiale).

41. V. not. K. GRAY, "Unité du couple et droits patrimoniaux des époux", in Mariage et Famille en question, Angleterre, 1979, pp. 43-65. V. aussi M.A. GLENDON, "Power and authority in the Family; New Patterns as reflections of Changing Ideologies," Am. J. Comp. Law, 23 (1975), pp. 1-33; E. CAPARROS, Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux en droit comparé et québécois, Presses universitaires de Montréal, 1975, sp. pp. 16-25, 55-58-, 65-69.

42. Lois françaises du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942; loi belge du 30 avril 1958; loi néerlandaise du 14 juin 1956. Dans les Codes civils allemand (1900), suisse (1912) et italien (1942), la femme mariée conservait déjà sa capacité, mais ses pouvoirs se trouvaient limités par les dispositions relatives aux effets généraux du mariage et aux régimes matrimoniaux. Sur la technique de "mise en veilleuse" des droits de la femme mariée en droit comparé, v. E. CAPARROS, op. cit., supra, note 41, pp. 28-39. V. aussi C. LABRUSSE-RIOU, L'égalité des époux en droit allemand, Paris, L.G.D.J., 1965.

43. V. les modifications apportées par les lois françaises du 4 juin 1970 (suppression de la qualité de "chef de famille" du mari, art. 213, al. 1er, C. civ. fr. et choix de la résidence conjugale, art. 214, al. 2, C. civ. fr.) et du 11 juillet 1975 (contribution aux charges du mariage, abrogation des alinéas 2 et 3 de l'article 214; choix de la résidence conjugale sans prépondérance du mari, art. 215 nouv. C. civ. fr.); loi autrichienne du 1er juillet 1975 (EheRwg) sur les effets personnels du mariage (art. 90 nouv. et s. C. civ. autr.); loi italienne n° 151 du 19 mai 1975, portant réforme du droit de la famille (art. 143 à 148 nouv. C. civ. italien); loi belge du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux (sp. art. 214 nouv. C. Civ. b.).

En Suisse, où les inégalités subsistent encore (art. 160 à 168 C. civ. suisse), le projet de loi fédérale relatif aux effets généraux du mariage, aux régimes matrimoniaux et aux successions (Message au Conseil fédéral du 11 juillet 1979) tend à les faire disparaître complètement (art. 159 à 180 en projet). On peut présumer qu'il en sera de même prochainement des vestiges de prépondérance du mari que contient encore le Code civil néerlandais, notamment en ce qui concerne le choix de la résidence conjugale (art. 83, al. 2, C. civ. néerl.). Sur cette évolution, v. les contributions de F. CALLU (France), F. SCHWIND (Autriche), G. de NOVA (Italie), P.H. STEINAUER (Suisse), D.C. FOKKEMA (Pays-Bas), F. RIGAUX (Belgique), D. GIESEN et R. HEPTING (Allemagne), in Mariage et Famille en question, collection précitée, supra, note 37.

44. Loi néerlandaise du 14 juin 1956 et C. civ. néerlandais, Livre I, art. 93 et s. (entrée en vigueur le 12 janvier 1970); loi allemande du 18 juin 1957 (1369 et s. B.G.B.); loi italienne n° 151 du 19 mai 1975, art. 159 à 230 bis nouv.; loi belge du 14 juillet 1976, art. 1387-1474 nouv. C. civ. b.; loi autrichienne du 15 juin 1978 (EheRAndG). V. aussi le projet de loi fédérale suisse, précité, supra, note 43, (art. 181 à 248 C. civ. en projet). La loi française du 13 juillet 1965 n'a pas entièrement réalisé le principe d'égalité des époux dans le régime de communauté légale dont le mari conserve l'administration, bien que ses pouvoirs aient été récents (art. 1421 et s. C. civ. fr.). Sur ces différentes réformes, v. les contributions de H. HANISCH et R. HEPTING (Allemagne), D.C. FOKKEMA (Pays-Bas), G. GABRIELLI (Italie), A. ROBERT (France), P.H. STEINAUER (Suisse), in Mariage et Famille en question, collection précitée supra, note 37. V. aussi Régimes matrimoniaux, Successions et Libéralités, Droit international privé et droit comparé, sous la direction de M. VERWILGHEN, précité, supra, note 3.

45. Art. 213 C. civ. fr.; art. 143 et 144 C. civ. italien; art. 91 C. civ. autr.; art. 159 C. civ. suisse et projet.

46. V. not. les articles 212 et 1388 nouv. C. civ. belge et les articles 143 et 160 nouv. C. civ. italien.

47. Sur le choix du "nom de la famille" et celui de la femme mariée, v. art. 1355 nouv. C. civ. allemand, modifié par la loi du 14 juin 1976 (1. EheRG); art. 93 nouv. C. civ. autrichien; art. 160 projet C. civ. suisse; art. 143 bis nouv. C. civ. italien.

V. aussi Ch. BEROUJON-PUGIEU et D. THOUVENIN, "Le nom de la femme mariée", in Mariage et Famille en question (France, t. II, pp. 117-170 et les références).

48. Dans la majorité des pays européens, l'exercice de l'autorité parentale est désormais conjoint, ce qui implique la concertation et un pouvoir de décision partagé des père et mère, leur accord pouvant être présumé, sauf lorsque la loi exige expressément leur double consentement. En cas de désaccord, des recours sont prévus.

V. not. art. 316 et 320 nouv. C. civ. italien (loi du 19 mai 1975); art. 297, 301, al. 1er, 303, 304, 318 nouv. C. civ. suisse (loi du 27 juin 1976); art. 137 à 150, 154 et 154a nouv. C. civ. autrichien (loi du 30 juin 1977); art. 1626 et s. C. civ. allemand (loi du 18 juin 1957 et loi du 18 juillet 1979 - SorgeRG). En droit français, v. les articles 372, 372-1, 372-2, 383, 383 C. civ. français, modifiés par la loi du 4 juin 1970, maintenant le rôle d'administrateur légal au père, durant le mariage. V. aussi les articles 246 et 247 du Code civil néerlandais consacrant également une certaine prééminence du père pendant le mariage. En Belgique, faute d'avoir pu distinguer entre actes d'administration courante et actes de disposition, la loi du 1er juillet 1974 accorde au père et à la mère un pouvoir de décision concurrent (et non conjoint) à l'égard de la personne et des biens de l'enfant, durant la vie commune, à charge de recours dans l'intérêt de l'enfant uniquement (art. 372 et 389 nouv. C. civ.).

Sur tous ces points, v. les contributions de F. CALLU et A. ROBERT (France), P.H. STEINAUER (Suisse), F. SCHWIND (Autriche), F. RIGAUX (Belgique), D.C. FOKKEMA (Pays-Bas), H.J. SONNENBERGER (Allemagne), G. FERRANDO (Italie) in Mariage et Famille en question, précité, supra, note 37.

49. V. les Actes internationaux, précités, supra, note 38. La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, ouverte à la signature le 15 octobre 1975 prévoit cependant la possibilité pour les Etats contractants de formuler trois réserves pour une période de 5 ans, renouvelable (art. 14).

50. Loi allemande du 19 août 1969; loi autrichienne du 3 décembre 1980; C. civ. néerlandais, Livre I (1er janvier 1970); loi française du 3 janvier 1972; loi italienne du 19 mai 1975; loi suisse du 25 juin 1976; lois luxembourgeoises du 13 avril 1979 et du 26 avril 1979;

Projet de loi belge n° 305 du 15 février 1978 (Doc. parl., Sén., session 1977-1978). À l'exception de ce dernier, et de la législation suédoise, depuis 1976, la plupart de ces lois contiennent encore un certain nombre de discriminations à l'égard des enfants nés hors mariage. V. à ce sujet M.T. MEULDERS-KLEIN, "Cohabitation and Children in Europe", Am J. Comp. Law, 29 (1981), pp. 359-391; "La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes", sous la direction de J.M. PAUWELS, Bruxelles, Bruylant, 1981 et les différentes contributions publiées dans la collection Mariage et Famille en question.

51. V. not. 1626 al. 2, 1631a C. civ. allemand (loi du 18 juilet 1969), art. 5 de la loi allemande sur l'éducation religieuse, art. 1600d II (reconnaissance par le père), 1729 (déclaration de légitimité), 1746 I (adoption) C. civ. allemand. V. D. SCHWAB, Familienrecht, Beck, 1980, n° 429-435; Art. 316, al. 4, C. civ. italien, ainsi que les articles 145, 250, 252, 264, 284 du même Code (loi du 19 mai 1975).

52. art. 50b I et II de la loi allemande sur la procédure gracieuse (Fgg) (obligation d'entendre l'enfant); art. 59, I, 1, II Fgg; art. 50b, II, 59,I, 2 Fgg (droit de l'enfant de plus de 14 ans d'introduire lui-même une requête contre une décision le concernant (garde, droit de visite, gestion des biens, choix d'une profession). Art. 316, al. 4 et 321 nouv. C. civ. italien (loi du 19 mai 1975).

53. V. not. "Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés", Actes du XI^e Colloque de droit européen, Messines, 8-10 juillet 1981, Conseil de l'Europe, 1982, sp. les contributions de W. MULLER-FREIENFELS (droit comparé) et D. DANIELSEN (droit scandinave); "Cohabitation Without Marriage", Am. of Comp. Law, 29 (1981), numéro spécial.

54. A. AGELL, "The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey Without Destination", Am. J. of Comp. Law, 29 (1981), p. 285 et s.

55. A. DUFOUR, op. cit., supra, note 34.

56. V. l'admission implicite de la séparation amiable contenue dans l'article 85, al. 2 du C. civ. néerlandais relatif aux besoins du ménage et en ce qui concerne la suppression de la vie commune, de commun accord, en droit suisse, H. DESCHENAUX et P. TERCIER,

Le mariage et le divorce, Bern, Stämpfli, 1974, sp. pp. 142-144 et le Message du Conseil Fédéral, 1979, p. 81. Au contraire, en Italie, la séparation consensuelle est soumise à une décision judiciaire (art. 158 nouv. C. civ.). En France et en Belgique, les pactes de séparation amiable sont encore tenus pour nuls, comme contraires à l'ordre public, bien que cette situation soit discutée par certains auteurs, surtout depuis la loi du 11 juillet 1975 (v. not. J. REVEL, "Les conventions entre époux désunis", J.C.P., 1982, 3055, sp. n° 38 et s. et les références. Comp. MAURY, "La séparation de fait entre époux, "Rev. trim. dr. civ., 1965, p. 515.

57. Traditionnellement ces conventions ont été tenues pour nulles, spécialement en France et en Belgique, par crainte d'une collusion tendant à faciliter le divorce pour cause déterminée ou à tourner les règles du divorce par consentement mutuel là où il existait. V. à ce sujet, en France, G. CORNU, "Le contrat entre époux," Rev. trim. dr. civ., 1953, pp. 461-493, sp. p. 476-478, 482-483; J. REVEL, "Les conventions entre époux désunis", précité, supra, note 56, sp. n° 15 à 19. V. en Belgique, E. VIEUJEAN, Note sous Cass., 22 janvier 1967, Rev. crit. jur. b., 1969, p. 126 et s.

La tendance actuelle serait plutôt de favoriser de telles conventions, dans le but de dédramatiser le divorce et de favoriser le règlement amiable de ses effets dans tous les cas de divorce. Seul le contrôle ou l'absence de contrôle du juge sur le contenu même des conventions marquent la différence entre les systèmes les plus libéraux et ceux qui sont plus soucieux de protection des intérêts individuels. Comp. à ce sujet le système français (art. 1450 et 1451 nouv. C. civ. fr.). V. not. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, p. 242 et s. et 512 et s.; J. REVEL, op. cit., supra, note 56 sp. n° 20-22 et 28 et s. et dans le systèmes anglais, la procédure spéciale de divorce quasi-administratif mise en oeuvre en cas de divorce non contradictoire, adoptée depuis 1976 (v. S.M. CRETNEY, in Mariage et Famille en question, Angleterre, sp. pp. 35-37; G. DAVIS et M. MURCH, "The implications of the Special Procedure in Divorce", Family Law, 1977, p. 71; W.B. BECKER, J. RAIKES, The Matrimonial Jurisdiction of Registrars, Oxford Center for Socio-Legal Studies, 1977, ainsi que le système de divorce sommaire, sans comparution personnelle, instauré en Suède, lorsque les époux sont d'accord, depuis la loi du 4 juillet 1973 (v. S. SCHMIDT, "The Scandinavian Law of Procedure in Matrimonial Cases", Rapport présenté au IV^{e} Congrès International de l'International Society of Family Law, Cambridge,

Mass., Harvard School of Law, 11-16 juin 1982, doc. ron., sp. p. 17). En faveur d'une tendance semblable aux Pays-Bas, v. H.V. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Echtscheiding uit de hobbyschap", Ned. Juristenblad, 1982, pp. 309-317. Sur l'évolution comparée du divorce par consentement mutuel, v. D. DUMUSC, Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, Genève, Libr. Dorz, 1980.

58. V. not. à ce sujet, "Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés," Actes du XI[e] Colloque de droit européen, Messine, 8-10 juillet 1981, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1982; "Cohabitation without Marriage", Am J. of Comp. Law, n° spécial, vol. 29, n° 2, 1981; J.M. EEKELAAR & S. KATZ (Ed), Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, Butterworths, Toronto, 1980; L. WEITZMANN, The Marriage Contract, Spouses and Lovers and the Law, Free Press, New Yok, 1981.

59. V. Les législations indiquées, supra, note 50.

60. V. not. M. ANCEL, Le divorce à l'étranger, Paris, La Documentation française, 1975; M.A. GLENDON, Family, State and the Law, précité, supra, note 16, p. 189 et s.; A.G. CHLOROS, The Reform of Family Law in Europe, Kluwer, Deventer, 1978.

61. Depuis 1978, un amendement à la loi du mariage suédoise a posé en principe qu'après le divorce, chaque exépoux devait pourvoir lui-même à ses propres besoins. V. L. TOTIE, "Matrimonial Property in Sweden", Rapport présenté au IV[e] congrès international de l'International Society of Family Law, précité, supra, note 57, doc. ron., p. 54. En Angleterre, selon la doctrine récente du "Clean break", le divorce doit être une coupure nette résolue une fois pour toutes par le partage des biens. V. not. K.J. GRAY, Reallocation of Property on Divorce, Professionnal Books, 1977; G. DOUGLAS, "The Clean Break on Divorce", Fam. Law, 1981, pp. 42-49. V. aussi à ce sujet les rapports de la Law Commission 1980 (n° 103) et 1981 (n° 112) on the Financial Consequences of Divorce, et les commentaires de C. O'DONOVAN, "Should all Maintenance of Spouses be abolished"?, 45 Mod Law Rev., 1982, pp. 424-433.

62. M.A. GLENDON, State, Law and Family, précité, supra, note 16, sp. p. 171 et s.

63. Ibid. p. 320 et s.; M.A. GLENDON The New Family and the New Property, Butterworths, Toronto, 1981, sp. pp. 28-96.

64. M.A. GLENDON, The New Family and the New Property, sp. pp. 68-76.

65. V. J.W.F. SUNDBERG, "Marriage or no Marriage: The Directives for the Revision of the Swedish Family Law," Int Comp. Law Quart., 1971, pp. 223-237, sp. pp. 233-235; Folke SCHMIDT, "The Prospective Law of Marriage," Scand. Studies in Law, 1971, pp. 193-218. Pour une interprétation semblable de la nouvelle loi allemande du 14 juin 1976 sur le mariage, v. R. HEPTING, "Les effets généraux du mariage" in Mariage et Famille en question. Allemagne, Lyon, Ed. C.N.R.S., 1980. p. 69 et s.

66. V. en particulier les options de la loi n° 89. instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille.

67. Dispenses (provisoires) de cohabitation ou reconnaissance partielle de la validité des pactes de séparation, dans la mesure où la séparation reste une solution d'attente et d'espoir de réconciliation. V. not. à ce sujet B. MAINGAIN, "Le pacte de séparation de fait. Un mode de règlement licite du conflit familial," Rev. trim. dr. fam., 1983, pp. 225-253.

68. V. à ce sujet C. HADJIYAMAKIS, "Les tendances concernant la répression du délit d'adultère". Etude de droit français et de droit comparé, Thessalonique, 1969, sp. p. 104 et s. V. en outre les lois française du 11 juillet 1975 et luxembourgeoise du 11 novembre 1974, abrogeant purement et simplement l'incrimination pénale de l'adultère.

Au plan civil, en revanche, la sanction de l'adultère demeure le divorce, quel que soit le système de divorce, pour faute ou sans faute.

69. Sur l'apparition de cette notion de "régime impératif de base", v. Cl. RENARD, Le régime matrimonial de droit commun, Bruxelles, Bruylant, 1960, sp. p. 65 et s.

70. V. à ce sujet H. HANISCH, "Le régime matrimonial légal du B.G.B", in Mariage et Famille en question, Allemagne, Lyon, Ed. C.N.R.S. 1980, p. 87 et s., sp. pp. 88-89; D. SCHWAB, Familienrecht, München, Beck, 1980, sp. pp. 47-86. Comp. R. HEPTING, "Les effets généraux du mariage", in Mariage et Famille en question, Allemagne, op. cit., p. 69 et s.

71. V. G. GABRIELLI, "Les rapports patrimoniaux des époux," in Mariage et Famille en question, Éd. C.N.R.S., Lyon, 1982, pp. 169-197, sp. p. 174 et s.

72. F. SCHWIND, "Evolution des structures juridiques de la famille en Autriche," in Mariage et Famille en question, Lyon, Ed. C.N.R.S., 1980 (Suisse, Autriche, Belgique, Pays-Bas), sp. pp. 70-74.

73. V. J. RENAULD, Les régimes matrimoniaux, Bruxelles, Larcier, 1971, sp. pp. 216-217.

74. V. en particulier les différents recours prévus en cas de litiges entre époux par les articles 212 à 224 du Code civil belge et les règles spéciales de procédure des articles 1253bis à octies du Code judiciaire belge, tels que modifiés ou introduits par la loi du 14 juillet 1976 sur les droits et les devoirs respectifs des époux et les régimes matrimoniaux. V. aussi la clause générale de l'article 172 du Code civil suisse tel que modifié par la loi générale du 5 octobre 1984, et de l'article 154 nouveau du Code civil italien (loi n° 151 du 19 mai 1975):

Art. 172 C. civ. suisse (loi du 5 octobre 1984):

"Lorsqu'un des époux ne remplit pas ses devoirs de famille, ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale, ils peuvent, ensemble ou séparément, requérir l'intervention du juge.
...
Au besoin le juge prend, à la requête d'un époux, les mesures prévues par la loi".

Art. 145 C. civ. italien (loi du 15 mai 1975):

"En cas de désaccord, chacun des conjoints peut solliciter, sans formalités, l'intervention du juge. Celui-ci tente d'aboutir à une solution concertée. Si celle-ci n'est pas possible, le juge, s'il en est requis expressément et conjointement par les deux époux, adopte, par une mesure non susceptible de recours, la solution qu'il estime la plus conforme aux exigences de l'unité et de la vie de la famille".

75. V. en particulier les dispositions de la nouvelle législation française relative au divorce (loi 75-617 du 11 juillet 1975 et Décret n° 75-1124 du 5 décembre 1975), et de la loi allemande du 14 juin 1976 portant réforme du droit de mariage et de la famille, sp. les art. 622 à 630 du ZPO (Zivilprozessordnung).

76. V. not. les articles 281 à 285 nouveaux du Code civil français, l'article 307bis du Code civil belge prolongeant le devoir de secours au-delà de la dissolution du mariage, au profit du conjoint auquel le divorce aura été imposé contre sa volonté et sans qu'une faute ait pu être prouvée contre lui.

77. Solution essentiellement adoptée dans les pays de common law.

78. V. en particulier H. HOLZHAUER, "Le divorce et ses conséquences," in Mariage et Famille en question, Allemagne, précité, supra, note 37, pp. 119-153, sp. p. 130 et s.

79. En ce qui concerne le système extrêmement complexe de la répartition des droits de retraite entre époux divorcés (Versorgungsausgleich) dans la loi allemande de 1976, v. H. HOLZHAUER, op. cit., supra, note 78, pp. 138-153.

80. V. aussi, dans la nouvelle législation suisse relative aux effets généraux du mariage (loi du 5 octobre 1984), l'article 170 nouv. du Code civil prévoyant pour chaque époux le droit de demander à l'autre qu'il "le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes".

81. La plus caractéristique de ces législations est la loi belge du 14 mai 1981 modifiant les droits successoraux du conjoint survivant et lui conférant, outre la qualité d'héritier réservataire, une place prioritaire par rapport aux enfants du défunt eux-mêmes.

82. V. aussi à ce sujet la Recommandation 869 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et la Recommandation n° 5 (82) 2 du Comité des Ministres des Etats membres relative au versement par l'Etat d'avances sur les aliments dûs aux enfants et à leur recouvrement par les autorités publiques.

83. France (art. 205, 206, 207 C. civ.), Belgique (art. 205, 206, 207 C. civ.), Allemagne fédérale (art. 1601 BGB), Suisse (art. 328 C. civ.), Pays-Bas (art. 392 B.W.), Italie (art. 433 nouv. C. civ.), Espagne (art. 143 nouv. C. civ.), Portugal (art. 2009 C. civ.), Grèce (art. 1476 C. civ.), Pologne (art. 128 C. civ.), Yougoslavie (art. 32 et 34 Loi fondamentale sur les rapports entre les parents et les enfants, 1962), Roumanie (art. 87 Code de la Famille), Hongrie (art. 60 et s. Loi sur le mariage, la famille et la tutelle), République démocratique d'Allemagne (art. 81 et s. Code de la Famille).

84. art. 1355, al. 1er nouv. BGB; art. 93 nouv. C. civ. autrichien. V. à ce sujet R. HEPTING, op. cit., supra, note 70, pp. 76-78; F. SCHWIND, op. cit., supra, note 72 p. 63.

85. V. not. à ce sujet art. 215, al. 2, C. civ. français; art. 215 C. civ. belge; art. 88 B.W. néerlandais; art. 169 nouv. C. civ. suisse.

86. V. à ce sujet M.T. MEULDERS-KLEIN, "L'autonomie judiciaire du contentieux familial. Identification et délimitation d'un besoin", in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative, Actes des XIèmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 958-976 et les rapports des Professeurs RAYNAUD (France), CARPI (Italie), WALTER (R.F.A.), et de Mme le Juge DE BRAUW (Pays-Bas) publiés dans le même ouvrage. V. aussi J. COMMAILLE, Familles sans justice, Paris, Ed. Centurion, 1982 et C. LABRUSSE, "Le juge et la loi. De leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille" in Mélanges Rodière, 1982, pp. 152-176, qui parle de "règles où le droit se dissout dans l'appréciation souveraine du juge" (pp. 151-152).

87. V. M.A. GLENDON, "Matrimonial Property. A Comparative Study of Law and Social Change", 48 Tulane Law Review, (1974), pp. 21-83.

88. V. en ce sens J. ELLUL, "Position des Eglises protestantes à l'égard de la famille" in R. Prigent, Renouveau des idées sur la famille, Travaux et Documents de l'I.N.E.D., Cahier n° 18, Paris, Presses Universitaires de France, 1954, p. 269 et s.

89. V. à ce sujet J.W.F. SUNDBERG, "Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités "in Famille, Droit et Changement social. Actes des VIIIèmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 49-85 et du même auteur, "Un regard sur la situation actuelle en Scandinavie: le droit de la famille dans la tourmente," in Mariage et Famille en question, Lyon, Ed. du C.N.R.S., 1980, pp. 169-204.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Je vous remercie, madame Meulders-Klein, de nous avoir permis d'apprécier votre grande culture juridique et d'avoir accepté de faire la synthèse toujours extrêmement difficile de cet atelier.

Dans le temps qui reste à notre disposition, je vous invite à lancer le débat.

M. Robert Hahlo :

Après avoir entendu des conférences aussi éloquentes, j'en conclus que la question n'est pas de savoir si l'on doit, oui ou non, codifier le droit de la famille. Je n'ai aucun doute que la codification est nécessaire, sauf dans des circonstances spéciales, comme en Israël où, à cause des lois de la famille différentes selon les diverses religions, il est impossible d'avoir une codification uniforme.

La codification du droit de la famille existe dans presque tous les pays de common law, comme en Angleterre et dans les provinces canadiennes de common law.

À mon avis, la codification est nécessaire. Mais la véritable question qui se pose est la suivante : dans la codification, quelle discrétion doit-on laisser aux juges et peut-être aussi à la population? Prenons la question des biens. Nous sommes tous d'accord que les lois concernant les biens matrimoniaux doivent, aujourd'hui, traiter le mari et la femme de façon égale.

L'époque où le mari était considéré comme le chef de la famille investi de l'autorité maritale, est révolue. Aujourd'hui, nous considérons qu'il doit y avoir un partage des biens entre les époux. Ainsi, l'épouse qui a vaqué à des travaux domestiques, s'est occupée de l'éducation des enfants pendant de nombreuses années et qui, sans avoir travaillé à l'extérieur de la maison, a contribué au succès financier de son mari, a droit à sa part des biens.

Ici, je vois des nuances entre les divers systèmes continentaux et la loi anglaise. Les systèmes continentaux ont un régime légal de partage des profits semblable au système légal du Québec, qui peut être modifié par contrat de mariage.

Si les époux ne passent pas de contrat lors de leur mariage, le régime légal s'applique. Et, au moment du divorce ou de la mort d'un des conjoints, le partage se fait selon les lois de ce régime.

Il existe cependant une échappatoire. Dans certains cas, le tribunal peut déclarer : "Vous êtes le mari. Votre mariage n'a duré qu'une seule année. Cependant, votre épouse a fait des profits considérables comme écrivain. Vous connaissiez cette situation et étiez consentant. Vous n'avez pas droit au partage."

Mais, en général, le système s'applique. Voyons la loi anglaise et la législation de 1973 et 1975. La décision est laissée à la discrétion du juge en cas de divorce ou de décès. Il a plein pouvoir de décider du partage des biens, compte tenu des circonstances : durée du mariage, état de santé des époux, leur âge, la contribution de l'épouse au succès financier du ménage, etc. Ensuite, le tribunal doit prendre en considération la bonne foi, la volonté qu'avaient les époux durant leur mariage et il peut dire : Vous avez tous les deux contribué à votre succès, vous avez travaillé ensemble à ce commerce ou sur votre ferme. Vous allez partager également vos biens comme cela s'est produit au Canada dans une cause portée en Cour suprême, alors que le couple n'était même pas marié. Ce couple avait vécu ensemble pendant 20 ans, avait travaillé ensemble à la ferme qui était enregistrée au nom du concubin. Cependant la Cour suprême a décidé que la concubine avait droit à la moitié des biens.

Je ne multiplierai pas les exemples. Dans les mariages que vous appelez "unions de fait", cette règle s'applique aussi. Certains systèmes déclarent : nous reconnaissons l'union de fait après cinq ans ; d'autres n'ont pas fixé la durée de l'union.

Dans ces cas, il me semble que la question n'est pas de savoir si l'on doit codifier ou non, mais comment codifier? Quel pouvoir discrétionnaire allons-nous donner au juge? Allons-nous agir comme en Angleterre

où presque tout est permis, même entre les gens non mariés, ou nous en tenir à un système fixe? C'est une solution possible. En Ontario, il y a une règle du juste milieu. Il existe un partage des biens de la famille, mais aucun partage d'autres biens comme celui d'un commerce ou d'une ferme. Mais le tribunal peut encore à sa discrétion déclarer : dans ce cas, il n'y a pas de partage des biens familiaux y compris la résidence familiale et, réciproquement, il peut dire le contraire.

À mon avis, cette attitude me semble la bonne solution. Je me rappelle avoir discuté du système anglais avec d'éminents avocats des pays scandinaves. Ils m'avaient dit : "Jamais nous ne donnerions à nos juges autant de pouvoir discrétionnaire, comme le font les Anglais. Nous n'avons pas une aussi grande confiance en eux. Alors qu'en Angleterre, une telle confiance à l'égard des juges existe."

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Votre point de vue est très intéressant, professeur Hahlo. J'aimerais que d'autres participants nous donnent aussi leur avis.

M. Ernest Caparros :

Je voudrais seulement soulever deux points. Je pense, tout en respectant l'opinion du professeur Hahlo, que mon opinion diffère. Il n'y a pas de codification, si l'on comprend la codification telle qu'elle est, dans les pays de common law. Ils ont fait des lois, des "statutes" dans lesquels ils ont inclus toute une réglementation du droit de la famille, mais la présentation est tout à fait différente. En Ontario, les juges ne citent plus le Family Law Reform Act mais ils citent plutôt les décisions qui ont établi des précédents. C'est quand même une façon tout à fait différente.

Mais par rapport à la codification, je voulais analyser un point qui a été soulevé, je parle de la codification dans le sens du Code civil ; un des problèmes majeurs qui se pose est de savoir comment nous allons la faire. Nous faisons face à des problèmes que madame Meulders-Klein a soulevés d'une façon magistrale ; l'on demande à des experts de préparer les textes ; ces textes, l'on nous signale qu'en Suisse ils ont passé la première étape sans se faire trop malmener, et dans bien des cas, ils passent par les machines à triturer des organismes

politiques. Finalement, il en ressort une espèce de saucisson dont on ne sait pas qui est le père et qui est la mère, et dont le goût, parfois, est peut-être un peu âcre.

Mais effectivement, ce sont des problèmes majeurs ; l'on demande de préparer des textes et le problème majeur auquel le Québec sera confronté, est que l'on a demandé d'écrire des textes, mais on n'a pas donné de critères. Au départ, on n'a pas établi de principes pour déterminer quel genre de code on voulait avoir. Peut-être, qu'après, l'on dira que le Code civil du Québec contient tel principe, mais c'est comme trouver une mère après qu'on a eu un enfant ; on peut trouver des principes d'adoption au Code civil du Québec, mais on n'a pas donné de critères, ni d'objectifs. On a cherché des choses par-ci, par-là, mais on ne savait pas exactement ce que l'on voulait au départ. C'est peut-être une façon mais, à mon avis, je ne crois pas que ce soit la meilleure.

M. Alfred Von Overbeck :

Je voudrais simplement dire un mot sur les pouvoirs du juge qui ont été discutés en Suisse dans le cadre de la réforme. Certains députés ont dit qu'il y aurait un ménage à trois entre les époux et le juge parce que le juge se mêlerait de tout. L'opinion suivante a prévalu : il se présente quand même des cas que le juge doit résoudre et, du moment que le mari n'est plus le chef de l'union conjugale et qu'il y a égalité, il existe quand même une situation de pacte que l'on doit résoudre. C'est peut-être pour cette raison qu'il peut y avoir plus d'appels au juge. Formellement, l'on n'a pas beaucoup augmenté les cas où le juge pourrait intervenir.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Serait-ce parce que, dans votre pays, le juge a le respect de la population comme on l'a en Angleterre ou en Allemagne? Serait-ce l'une des raisons? Ou bien, est-ce que le droit familial s'y prête plus que d'autres matières?

M. Alfred Von Overbeck :

Je crois que c'est parce qu'il y a ces mesures qu'on appelle "mesures protectrices de l'union conjugale" qui existent, déjà, depuis 1912 et qui jouent un rôle

important. La confiance dans le juge? On a des systèmes d'organisation judiciaire très différents, selon les cantons.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Le problème au Québec, c'est qu'on avait proposé une réforme simultanée des tribunaux en matière familiale qui n'a pas été adoptée. Alors, cela complique le problème des juges. Nous commençons à avoir des experts à notre disposition, mais nous n'avons pas de structure.Nous avons mis la charrue avant les boeufs, ce qui peut expliquer que les juges ne se sentent pas prêts à se mettre le doigt entre l'écorce et l'arbre dans des matières aussi délicates.

M. Müller-Freienfels :

Je veux dire quelques mots seulement. Je pense que le professeur Hahlo a soulevé un point très important et je pense aussi que le danger réside non pas dans le fait que le mari n'est plus le chef de la famille mais que ce soit le juge. Ce point a déjà été soulevé dans quelques pays européens et je pense aussi que le danger existe dans les pays scandinaves. Il en sera question lors de la prochaine conférence de l'Organisation internationale du droit de la famille, car c'est véritablement là que réside le danger.

M^me^ M. Th. Meulders-Klein :

Je crois, aussi, que ce problème est au coeur même de la discussion parce que c'est le pouvoir du juge et aussi la rançon de l'égalité des partenaires. Ou alors il faut choisir une alternative qui est celle du laisser-faire, laisser-passer et laisser le rapport de forces jouer naturellement, ce qui risque d'entraîner des dangers considérables pour la partie la plus faible. Je crois que malgré tout, il faut choisir entre ces deux solutions : ou bien celle du laisser-faire, du laisser-passer ; il n'y a plus de chef et c'est le rapport naturel de forces qui l'emporte ; ou bien le juge joue, malgré lui, un rôle d'arbitre et, dans ce rôle d'arbitre, il doit être évidemment aidé par des experts compétents.

La solution, en Belgique comme en Suisse, est plutôt celle du type protecteur cherchant à régler le litige de la manière la plus équitable et la mieux éclairée possible. Donc, dans ce sens-là, certaines

choses sont importantes : c'est que, premièrement, il doit tout de même rester certaines lignes qui canalisent les pouvoirs tout à fait discrétionnaires du juge et, deuxièmement, les procédures particulières doivent être aménagées de telle manière que le juge soit plus proche du justiciable, que les procédures soient plus facilement accessibles au commun des mortels, que ce soit notamment possible, et même sans le concours d'un avocat, - c'est une chose qui est réalisée en Belgique à l'heure actuelle, - et il faut, également, que le juge soit bien éclairé et assisté par un certain nombre d'experts ; cela nous amène vers la constitution soit d'un bureau de conciliation extra-judiciaire, ce qui est préférable, soit vers la constitution d'équipes pluridiciplinaires au sein des tribunaux.

Maintenant, en ce qui concerne les arrangements relatifs au divorce lui-même, j'avoue que c'est là un problème qui me préoccupe énormément parce qu'en Belgique, nous avons l'expérience d'un système de divorce par consentement mutuel qui obéit encore au régime du Code Napoléon, lequel est un système véritablement archaïque dans lequel le silence sur la cause des divorces et l'achat du consentement au divorce se fait par le biais de conventions entre les conjoints qui sont entièrement soustraites au contrôle du juge. Or, ce à quoi nous assistons, c'est que ces conventions, qui sont soumises à la règle de l'article 1134 : "Le contrat fait la loi des parties", sont des contrats souvent inéquitables et qui ne peuvent jamais être modifiés par la suite par un juge. Et cette solution-là nous apparaît à l'heure actuelle absolument détestable. Donc, nous retombons dans le contrôle du juge.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Nous avons beaucoup discuté de cette question à l'Office de révision du Code civil et nous avons opté pour une certaine discrétion judiciaire qui est, peut-être, la seule formule qui puisse être adoptée. Il me semble qu'en matière de droit familial, l'on doit avoir une discrétion judiciaire et je dis que l'on essaie toujours de régler le problème de la nomination des juges par ce biais. Mais je pense que l'on doit faire face à l'éventualité d'un certain contrôle judiciaire, mais avec des règles assez précises. Je ne vois pas dans le système actuel de solution différente et je voudrais céder la parole à Mme Claire Bonenfant, qui voudrait toucher un sujet qui a été soulevé par le professeur Müller-Freienfels.

M^me^ Claire Bonenfant :

Oui, c'est lorsque vous avez demandé pourquoi nous n'avions pas réclamé de législation vis-à-vis de l'union de fait. En fait, je vous donne la position du Conseil du statut de la femme pour qui légiférer en matière d'union de fait semblait aller contre ce principe de liberté qu'a défendu tout à l'heure ma consoeur, et l'on trouvait que c'était imposer un mariage de force. Pour nous, il apparaissait moins nécessaire, maintenant qu'autrefois, de légiférer dans ce domaine puisque le divorce est devenu plus facile au Québec. Si vous m'aviez parlé il y a 25 ans, je vous aurais dit oui. Maintenant, les femmes, puisque je parle surtout au nom des femmes, qui sont en union de fait le sont parce qu'elles le veulent bien, et nous étions satisfaites surtout parce que la réforme avait aussi permis des ententes entre conjoints, ce que le Code civil ne permettait pas autrefois puisque l'on considérait comme immoral des ententes entre conjoints de fait. C'est un peu la réponse que je voulais vous apporter.

M^me^ Claire L'Heureux-Dubé :

Nous avons fait des expériences extrêmement fascinantes, nous avons fait des séminaires sur le mariage et sur la cohabitation, et nous nous sommes rendu compte, peut-être un peu contrairement à ce que vous dites, madame Bonenfant, que les gens ne rentrent pas dans ces unions de fait aussi librement que l'on pense. Le coeur a des raisons que la raison ne connaît pas, dans ce domaine-là comme dans les autres. Effectivement, même si le divorce est facile, je dirais que la plupart des gens qui entrent en union de fait ne veulent pas se marier. C'est une position très claire, on rejette ces valeurs-là. Donc, cela n'a rien à voir avec le divorce facile. Deuxièmement, lorsqu'on pose des questions très concrètes, par exemple : quand votre conjoint de fait se fera tuer dans un accident d'automobile et que sa maman héritera, êtes-vous d'accord? La réponse est "non". Alors là, il y a une grosse dichotomie entre les faits qu'on nous indique, les faits de liberté, et la réalité. On n'est pas au courant de la réalité. Quand vous irez témoigner contre votre conjoint de fait et que vous ne serez pas protégée par une législation qui vous empêchera de révéler les secrets d'alcôve, alors, cela les gens n'en veulent pas. Vous savez, il y a vraiment six ou sept domaines dans lesquels les gens en union de fait veulent qu'on légifère mais ils ne voudraient pas officiellement le dire. Alors que fait le législateur? Il se met la tête en-dessous et il est très heureux.

Alors je ne sais pas si cela conclut de façon harmonieuse cette discussion, mais il y a toutes sortes de points de vue et la tâche d'une commission de réforme, c'est d'essayer de les allier. Nous avions prévu, à l'Office de révision du Code civil, des conditions minimales de régulation de l'union de fait pour éviter une exploitation, que nous avons vécue à l'Office de révision, de gens qui nous ont écrit : "Je vis avec cet homme depuis 23 ans, je lui ai fait trois enfants et il me laisse pour une jeune blonde". D'ailleurs, c'est la même chose qui se produit dans le mariage et puis là, qu'arrive-t-il? C'est un peu ce que vous disiez, madame Bonenfant, en matière de convention, "J'ai vécu ça pendant 22 ans et alors si tu ne signes pas, tu n'auras pas les enfants". Est-ce que nous allons laisser le libre arbitre dans ce genre d'histoire? Le législateur qui est conscient de ses responsabilités peut-il laisser les choses ainsi?

Pour clore notre atelier, je vous remercie de votre participation. Les participants ont été extraordinaires ; pour moi, cela a été d'une richesse extrême et j'imagine que lorsque vous aurez les textes, vous conviendrez que cela valait la peine de faire un peu de droit comparé pour en arriver à l'exposé de Marie-Thérèse Meulders, qui nous en a fait une synthèse magistrale.

ATELIER III : **LES OBLIGATIONS - LA JUSTICE CONTRACTUELLE**
présidé par monsieur **Maurice Tancelin**
professeur à la Faculté de droit de
l'Université Laval, Québec.

Conférenciers : Monsieur **Hein Kötz**, Hambourg
Monsieur **Jacques Guestin**, Paris I
Monsieur **Saul Litvinoff**, Baton Rouge
Monsieur **Jacques Grand'Maison**, Montréal

ATELIER III

présidé par

Monsieur Maurice Tancelin, professeur à la
Faculté de droit de l'Université Laval, Québec

LES OBLIGATIONS - LA JUSTICE CONCTRACTUELLE

M. Maurice Tancelin :

J'ai le plaisir de vous accueillir à l'atelier relatif à la justice contractuelle. Je veux d'abord vous présenter les participants qui sont à mes côtés.

Tout d'abord, monsieur le professeur Saul Litvinoff, de la Louisiana State University à Baton Rouge. Monsieur Litvinoff est docteur en droit de l'Université de Buenos-Aires et diplômé de Yale. Il est le directeur du Centre d'études de droit civil de la Louisiana State University à Baton Rouge. Il est l'auteur d'un Traité du droit des obligations, dont deux tomes sont déjà parus. Il est également le président du Comité des obligations de la Commission de réforme du Code civil de Louisiane.

À ma droite, monsieur le professeur Jacques Ghestin de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, responsable du DEA, diplôme de doctorat de droit privé, directeur de la Bibliothèque de droit privé qui publie les meilleures thèses, depuis plusieurs dizaines d'années, en France. Monsieur Ghestin est membre de la Commission des clauses abusives. Il est directeur et co-auteur d'un Traité de droit civil dont deux volumes sont déjà parus, co-auteur pour le premier et auteur pour le second portant sur les contrats. Cet ouvrage a été honoré, en 1981, du prix Dupin-Hennè de l'Académie des sciences morales et politiques.

À ma gauche, monsieur le professeur Hein Kötz de l'Université de Hambourg. Le professeur Kötz a fait ses études à Hambourg et à Munich ainsi qu'à l'Université du Michigan. Il est actuellement directeur du Centre de

droit comparé de Hambourg, le Centre Max Planck. Il est co-auteur du célèbre ouvrage : " Introduction au droit comparé".

Et, pour terminer la présentation des quatre conférenciers de cet après-midi, monsieur Jacques Grand'Maison, professeur de socio-théologie à l'Université de Montréal. Monsieur Grand'Maison est diplômé de l'Université grégorienne de Rome en théologie et en socio-théologie de l'Université de Montréal. Il a fait son doctorat en socio-théologie à Montréal après avoir terminé ses études à Rome. Monsieur Grand'Maison a été ordonné prêtre en 1956.

Je vais successivement céder la parole aux conférenciers. Ensuite, en deuxième partie, j'essaierai de susciter, de votre part, des questions sur ce problème de la justice contractuelle.

M. Hein Kötz :

JUSTICE CONTRACTUELLE, LE CAS DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE [Traduction de l'Anglais]

Les Codes civils sont marqués par la conjoncture historique particulière pendant laquelle ils ont vu le jour. De nombreux codes constituent une consolidation des résultats d'une réforme récente de la société ; leur avantage réside dans le fait que l'on peut s'attendre à ce que l'idéal humain et le projet de société qui les aura inspirés demeurent valables pendant une période de temps considérable. D'autres codes, par contre, sont élaborés dans une période relativement stable, sur les plans social et politique ; leur esprit est souvent rétrospectif et réflexif, visant le maintien d'une situation qui est favorable à l'ordre établi.

Le Code civil allemand est un de ces codes plutôt conservateurs. Lorsqu'il est entré en vigueur en 1900, il reflétait de façon fidèle la société de l'empire de Bismarck. À cette époque-là, le rôle principal dans l'État était joué par la grande bourgeoisie libérale qui avait donné lieu à la nation impériale allemande, en coopérant avec la puissance conservatrice prusse. Aux yeux du Code civil allemand, donc, le citoyen typique n'est pas l'artisan ou l'ouvrier d'usine mais plutôt l'entrepreneur riche, le propriétaire foncier et l'administrateur. Il s'agit de personnes que l'on peut imaginer ayant de l'expérience en affaires ainsi qu'un bon jugement, qui sont

capables de réussir dans une société bourgeoise avec liberté de contracter, libre droit d'établissement et libre concurrence, et aussi capables de faire le nécessaire pour ne pas être lésés.

Par conséquent, le droit des contrats contenu dans le Code civil allemand est, sans équivoque, dominé par la notion que les parties contractantes sont formellement libres et égales. Il n'y a que quelques règles marginales visant à protéger ceux pour qui la liberté de contracter est inopérante, à cause de leur infériorité économique vis-à-vis de l'autre partie contractante ou à cause d'une autre dépendance quelconque. Ainsi, un contrat est nul selon l'article 138 s'il est contra bonos mores ou si l'une des parties a exploité la faible condition, l'inexpérience ou le manque de jugement de l'autre. De plus, les clauses pénales peuvent être modifiées par le tribunal si elles sont indûment exigeantes (art. 343). Cependant, le locataire ne reçoit, pour ainsi dire pas de protection spéciale, les clauses injustes d'exonération ne sont pas mentionnées dans le Code et la disposition qui traite du contrat de travail ne contient que quelques règles qui obligent "la personne ayant droit aux services" à veiller à la sécurité du lieu de travail et à prévoir des indemnités en cas de maladie dans certains cas limités (art. 616, 618).

Bien que des règles spéciales pour la protection de celui qui achète à tempérament aient été adoptées dans la Loi sur les contrats de vente à tempérament de 1894, on a décidé de ne pas les inclure dans le nouveau Code civil. On soutenait que ces dispositions ne traitaient que d'une catégorie spéciale de personnes et qu'elles n'avaient donc pas la portée générale d'application que l'on considérait comme une caractéristique nécessaire du Code civil.

Étant donné que le Code civil a été complètement imprégné des règles du "laisser-faire" libéral, il peut être surprenant que ses dispositions sur les contrats, ressemblent, pour la plupart, à celles qui existaient il y a quatre-vingts ans. Si le Code civil allemand, pour reprendre l'expression de Radbruch, a été rédigé au rythme du XIX^{e} siècle, plutôt qu'à celui du XX^{e} siècle, comment se fait-il que les règles du droit des contrats aient pu survivre, sans révision en profondeur, aux changements et crises politiques, économiques et sociaux qui ont marqué l'histoire récente de l'Allemagne?

Ce phénomène s'explique, en partie, par le fait qu'un domaine important du droit des contrats, c'est-à-dire le droit du travail, existe en dehors du Code civil. Il est vrai que le Code civil contient quelques règles qui s'appliquent aux contrats de travail (art. 611 et s.). En pratique, cependant, ces articles sont presque entièrement dépassés par des dispositions contenues dans de nombreuses lois spéciales régissant les prestations d'assurance-maladie ; le droit aux vacances ; la protection contre les congédiements injustes ; la protection des enfants, des femmes enceintes ou qui viennent d'accoucher et des handicapés. Il est, de nos jours, généralement reconnu que le droit du travail ne fait plus partie, depuis longtemps, du Code civil et il est maintenant considéré comme un domaine indépendant du droit civil, tant dans les facultés que par la doctrine. Les autres domaines du droit des contrats ont à peine été touchés par des interventions législatives.

Le seul exemple d'une modification majeure dans le texte du Code civil se retrouve au chapitre du droit régissant les baux résidentiels. Après chacune des deux guerres mondiales, lorsque les appartements étaient devenus très rares à cause de la destruction d'immeubles et l'affluence de réfugiés en provenance de l'est du pays, un système global de règlements spéciaux relatifs aux baux résidentiels fut établi. Leur but principal était de protéger les locataires contre la cessation du contrat de bail, contre les augmentations injustes du loyer et contre les conditions contractuelles lésionnaires. Il apparut cependant nécessaire de protéger les locataires même après que le marché des logements fût revenu à une situation plus normale. Par conséquent, même si la plupart de ces règlements ont été abrogés depuis, un bon nombre ont, non seulement été maintenus en vigueur mais ont également été incorporés dans le Code civil. Les dispositions actuelles du Code civil qui traitent du contrat entre bailleurs et locataires diffèrent, donc, considérablement des textes adoptés en 1900.

En ce qui concerne les autres types de contrats dont traite le Code civil, il n'y a eu, pour ainsi dire, pas de changements législatifs. Quelques lois spéciales, en dehors du Code civil, traitent, par exemple, des contrats d'assurance et des baux agricoles. Il faut également noter que certains genres de contrats, tels les contrats de construction d'immeubles, les contrats de transport des personnes et des marchansises, ainsi que les contrats bancaires ne sont pas réglementés par la loi, mais plutôt par certains contrats-types ou par des conditions générales d'affaires (contrats d'adhésion) dont

on se sert partout dans le pays et ce, sous une forme plus ou moins identique. Bien que ces contrats-types ne possèdent pas, bien sûr, d'autorité contraignante, ils diffèrent très peu de la législation dans leur application concrète et leur interprétation judiciaire.

Néanmoins, si on regarde le droit des contrats dans son ensemble, il demeure vrai que jusqu'en 1970, les interventions législatives visant sa modernisation ou son actualisation ont été d'une importance étonnamment faible. L'adaptation du droit des contrats aux nouvelles conditions morales et sociales de la société a été surtout l'oeuvre des tribunaux allemands. Ce travail d'adaptation du texte d'origine non modifié du Code civil, aux exigences des temps modernes, tout en lui conservant sa vitalité sociale, a été aussi significatif que sous-estimé. Par conséquent, des parties entières du droit des contrats du Code civil allemand, tout comme du Code civil français, sont maintenant couvertes par un énorme complément de jurisprudence, allant souvent jusqu'au point où une simple lecture du texte ne dévoilera pas l'état actuel du droit. Tandis qu'en France, ce sont les lacunes et les imperfections techniques du Code civil de 1804 qui ont donné aux juges l'occasion de faire évoluer le droit, les tribunaux allemands se sont surtout appuyés sur ce que l'on appelle les "dispositions générales" du Code civil. Ces dispositions opèrent comme une sorte de soupape de sécurité sans laquelle les termes rigides et précis du Code civil auraient pu exploser sous les pressions de l'évolution sociale.

La plus importante de ces dispositions générales, en matière de droit contractuel, est celle contenue dans l'article 242, qui dit, en termes vagues et imprécis, que toute personne doit remplir ses obligations contractuelles selon les exigences de la bonne foi (Treu und Glauben). C'est surtout sur cette disposition que se sont basés les tribunaux pour résoudre les problèmes économiques et sociaux importants survenus après la première guerre mondiale, avec l'écroulement de l'économie, l'inflation et la réévaluation ; et, après la deuxième guerre mondiale, avec la perte de l'Allemagne de l'Est, la destruction causée par la guerre et le changement des devises. L'individualisme rigoureux du droit des contrats d'origine a été modifié et les tribunaux ont accentué la réciprocité dans la responsabilité sociale. Ces moyens portent des noms comme clausula rebus sic stantibus, abus de droit, forfaiture d'un droit, surtout lorsqu'il y a des lacunes, des contrats imposant une obligation à l'une des parties contractantes de protéger la personne et les biens d'un tiers, etc.

L'article 242 a également été interprété comme donnant un pouvoir de contrôle aux tribunaux sur des contrats-types ; ainsi les clauses-types, excluant ou limitant la responsabilité d'une des parties, ont été jugées nulles à cause de leur incompatibilité avec la bonne foi si "elles sont injustes, compte tenu des intérêts de ceux qui sont normalement parties à de telles transactions" (BGH NJW 1963, 99). Ces clauses d'exonération ont été également écartées lorsque, par exemple, il semblait que "beaucoup d'acheteurs n'étaient pas expérimentés dans ce genre de vente et ne connaissaient pas le domaine des affaires, et par conséquent n'étaient pas pleinement au courant de l'étendue des clauses d'exonération opérant de façon injuste à l'encontre de leurs intérêts" (BGHZ 22,90,99).

Bien que le contrôle judiciaire des contrats-types ait été généralement accueilli de façon très favorable et même considéré par plusieurs comme un exemple de créativité judiciaire d'avant-garde, il était généralement admis, au début des années 1970, que le moment était propice à une intervention législative dans le domaine. Non seulement la disposition générale de l'article 242 était-elle considérée comme une base trop étroite pour le contrôle judiciaire des clauses d'exonération, mais aussi estimait-on, qu'à certains égards, une protection accrue et plus détaillée contre certains genres de clauses lésionnaires était nécessaire. On pensait également que sur le plan du droit judiciaire, des mesures devaient être prévues afin d'encourager les justiciables à intenter des actions contre des entreprises qui se servaient de contrats-types injustes.

Une commission spéciale, mise sur pied par le ministère fédéral de la Justice, fut mandatée pour rédiger une loi sur ce sujet. Dès le début de ses travaux, la Commission opéra sous l'enseigne de la "protection du consommateur". En conséquence, il fut prévu, dans une première version du projet de loi, que la loi ne s'appliquerait qu'aux contrats de consommation, c'est-à-dire aux cas où des biens ou des services étaient fournis, par le biais d'un contrat-type, à des particuliers, pour leur emploi ou pour leur consommation personnels. La Commission n'a jamais douté du fait que ces règles devaient être promulguées sous forme d'une loi spéciale et non en les intégrant au Code civil. La notion d'un "contrat de consommation" fut critiquée surtout au motif que la jurisprudence existante, portant sur le contrôle des contrats-types, avait été établie principalement dans des cas où les deux parties contractantes étaient des commerçants. La Commission a donc décidé qu'une partie du projet de loi

devrait s'appliquer au contrat-type en général, qu'un consommateur soit partie ou non au contrat.

L'argument en faveur de l'inclusion de ces nouvelles règles dans le Code civil s'était donc, trouvé quelque peu fortifié. Quelques auteurs de doctrine, y compris moi-même, soutenaient que l'inclusion de nouvelles règles sur les contrats-types dans le Code civil aiderait à le garder en bon accord avec les conditions modernes, le rajeunirait et l'empêcherait de devenir un simple rassemblement de règles sans aucune signification. Ces arguments se sont, cependant, avérés infructueux. On s'y opposait sous prétexte qu'il s'agissait de nouvelles règles qui n'avaient pas encore fait leur preuve et qu'elles auraient intérêt à être "testées" avant d'être incluses dans le Code civil. Une raison additionnelle fut le fait que le ministère fédéral de la Justice espérait des résultats immédiats. Par contre, il n'y avait pas de doute que l'intégration de nouvelles règles dans le cadre du Code civil aurait exigé beaucoup plus de temps. En dernier lieu, le ministère était peut-être d'avis qu'une loi spéciale aurait eu plus de facilité à surmonter les barrières de la procédure parlementaire qu'une quantité de modifications détaillées sur des dispositions éparpillées du Code civil.

Le tout a, finalement, abouti à une loi spéciale intitulée Loi réglementant le droit relatif aux conditions générales des affaires(1), entrée en vigueur en 1977. Elle est sans doute, depuis 1900, la loi la plus importante à traiter des problèmes généraux du droit des contrats. Faisant suite à une définition de l'expression "conditions générales des affaires" de l'article premier, il y a, à l'article 2, des règles détaillées qui déterminent si de telles conditions ont été incorporées au contrat. Plusieurs dispositions de la loi constituent une réaffirmation des principes et normes établis par les tribunaux. Par exemple, des clauses qui sont "tellement inusitées que l'autre partie ne pouvait pas s'y attendre" sont considérées comme ne faisant pas partie du contrat (art. 3). Cela constitue une simple réitération de la règle développée par la jurisprudence contemporaine. De plus, la règle classique contra proferentem se retrouve maintenant dans un texte de loi (art. 5). Il existe, dorénavant, une nouvelle "disposition générale" dans cette loi, qui prévoit que les "conditions générales des affaires" sont nulles, si "elles ne donnent pas lieu à un arrangement juste des intérêts des parties au contrat selon les principes de la bonne foi" (art. 9). Un aspect original de la loi est le fait qu'elle contient une longue liste de clauses spécifiques qui seront toujours

considérées comme nulles (art. 10 et 11). La loi confère également aux organismes, comme les associations de consommateurs, le droit de demander au tribunal une ordonnance enjoignant à l'entrepreneur défendeur de cesser d'utiliser les conditions générales d'affaires qui sont nulles en vertu de la loi.

Lorsque la loi est entrée en vigueur, en 1977, il semblait, pendant un certain temps, que l'idée de réformer le droit des contrats, par le biais d'une série de lois spéciales en dehors du Code civil, ait fait l'objet d'un accord général. Une loi spéciale pour les cours par correspondance fut adoptée en 1976(2) et un Projet de loi, présenté devant la législature fédérale en 1977, sur la protection des touristes contre des conditions injustes dans les contrats avec les organisateurs de voyages, fut également rédigé sous forme d'une loi spéciale. La présentation de ce dernier projet de loi signale, cependant, un renversement dans le courant. Pendant les débats parlementaires sur ce projet de loi, il fut soutenu que la technique de promulgation d'une législation spéciale donnerait lieu, à la longue, à un droit contractuel verbeux, complexe, et difficile à connaître et à appliquer. Ce point de vue a finalement prévalu et de nouvelles règles prévoyant une protection spéciale pour les touristes font maintenant partie de la section du Code civil qui traite du contrat d'entreprise (art. 651a et s.).

Il existe en Allemagne, aujourd'hui, un débat controversé quant à la technique législative à employer, à l'avenir, lors d'une réforme du droit des contrats. Il est sans doute vrai que la plupart des mesures de réforme en ce domaine traiteront, d'une façon ou d'une autre, de la protection du consommateur. Selon une thèse, ces mesures devraient être adoptées sous forme de loi spéciale, en dehors du Code civil ; les motifs avancés se basent sur des principes tant théoriques que pratiques. D'abord, on soutient que ce que l'on appelait dans le temps "l'unité du droit privé" n'existe plus aujourd'hui. D'après cette thèse, on peut identifier trois branches ou couches séparées du droit privé. La première concerne les règles relatives à l'individu en tant que consommateur (Verbraucherrecht) ; la deuxième concerne les règles relatives à l'individu en tant que citoyen qui entame des relations juridiques avec d'autres citoyens sur une base d'égalité (Bürgerrecht) ; la troisième concerne des règles gouvernant les relations entre les individus et les personnes morales en tant que producteurs commerciaux de biens et de services (Unternehmensrecht). Selon cette argumentation, les dispositions du Code civil devraient se

limiter à des situations dans lesquelles les citoyens ont des rapports, entre eux, d'égal à égal. Les règles protégeant le consommateur contre le pouvoir économique supérieur de l'entreprise n'ont pas leur place dans le Code civil, mais devraient, plutôt, faire partie de lois spéciales pouvant être éventuellement regroupées dans un "Code du consommateur". Le deuxième argument, plus pratique, est fondé sur la crainte que les valeurs essentiellement libérales du Code civil n'émoussent les buts protecteurs et réformistes des règles de la protection du consommateur, si jamais elles y étaient intégrées(3).

D'autres auteurs se sont opposés à ce point de vue, en soutenant que la protection de la partie la plus faible est une idée générale qui domine, ou du moins devrait dominer, sous une forme ou sous une autre, le domaine entier du droit privé. Cette idée générale ne devrait, donc, pas être limitée à ce que l'on appelle les "contrats de consommation" ou les "relations de consommateur"(4).

Il existe peu d'espoir que cette controverse entre les partisans du droit du consommateur et le clan des traditionalistes soit réglée dans un avenir prochain. Ce qui, cependant, paraît clair est le fait que le ministère fédéral de la Justice est loin de laisser le droit des contrats du Code civil devenir graduellement insignifiant. Au contraire, des porte-parole du ministère ont récemment déclaré que, depuis que l'objectif d'une réforme du Code civil au chapitre du droit de la famille a maintenant été atteint, dorénavant une attention particulière sera donnée à l'actualisation du droit des obligations du Code(5). À cette fin, le ministère a demandé à un certain nombre de professeurs de droit de soumettre des propositions indiquant si, et comment, la législation spéciale traitant des obligations pouvait être intégrée au Code civil ; si de nouvelles sortes de contrats devaient être régies par le Code civil et si des dispositions existantes du Code civil, portant sur certains genres de contrats, ne devraient pas être modifiées.

Le ministère fédéral de la Justice demande, en outre, si les relations contractuelles entre médecins et patients, les maisons de retraite et les personnes âgées, les banques et leurs clients privés, ne devraient pas être régies par des dispositions spéciales du Code civil. Est-ce que la jurisprudence sur la responsabilité pour culpa in contrahendo ne devrait par être codifiée? Est-ce que les règles générales du Code civil qui traitent de la

responsabilité pour inexécution de contrat ne devraient pas être actualisées à la lumière des principes adoptés par les Conventions de la Haye et de Vienne sur la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels? Est-ce que les dispositions du Code civil sur le contrat de vente devraient être adaptées aux situations modernes? Est-ce que les dispositions sur la vente contenues dans le Code commercial, la Loi sur les ventes à tempérament et la Loi sur les conditions générales des affaires devraient être incorporées au Code civil?

Il s'agit, évidemment, d'un programme ambitieux et il faudra attendre pour voir si l'initiative du ministère aboutira à des résultats pratiques. Tout ce qu'on peut affirmer, à ce stade-ci, est qu'il serait prématuré de prononcer la "mort" du droit des contrats du Code civil. Au milieu des années soixante-dix, il semblait que toute réforme visant à l'actualisation du droit des contrats se ferait sous forme de lois spéciales très détaillées. À ce moment-là, il n'était pas difficile de prédire que les règles du Code civil concernant les contrats perdraient contact avec l'évolution du droit. Ces règles n'auraient plus, à la longue, beaucoup de pouvoir, ni de potentiel pour guider les tribunaux dans leur travail quotidien et pour fournir les principes de base pour l'ordonnance et l'arrangement d'une quantité de résultats juridiques qui, sinon, n'auraient pas de structure et seraient impossibles à gérer.

Aujourd'hui, la question de l'avenir dans ce domaine est de nouveau ouverte. Même ceux qui préconiseraient une révision du Code civil, plutôt que l'adoption d'une législation spéciale, ne se font pas d'illusions quant aux difficultés intrinsèques de cette approche. C'est une banalité que d'affirmer, par exemple, qu'un Code civil se borne à des règles appartenant à ce qu'on appelle traditionnellement le "droit civil", par opposition au droit pénal, administratif ou de la procédure civile. Par contre, il se peut que le législateur veuille résoudre un problème social donné, non pas seulement par l'introduction de nouveaux recours contractuels ou de responsabilité civile extra-contractuelle, mais aussi en édictant en même temps de nouvelles sanctions administratives et pénales, en imposant de nouveaux mécanismes procéduraux et en établissant de nouvelles instances administratives ayant de vastes pouvoirs de surveillance. Une approche globale de cette nature a été employée dans la loi française intitulée : Loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services(6). Il est clair que l'idée d'incorporer les dispositions plutôt hétérogènes de cette loi dans le Code civil a été définitivement écartée.

Des problèmes semblables peuvent survenir lorsque le législateur cherche à protéger un intérêt que l'on peut difficilement définir par les termes et les catégories traditionnels du droit des contrats du Code civil. Par exemple, il se peut que le législateur tende à l'adoption d'une loi visant à régir toute forme de "crédit à la consommation", qui est une expression essentiellement économique. Si on cherche à lui attribuer une signification juridique précise, on se rendra très vite compte qu'un "crédit à la consommation" peut être accordé non seulement sous forme d'un crédit donné par le vendeur, mais aussi sous forme de crédit offert par un prêteur. En d'autres termes, une vente à tempérament, un crédit-bail, une vente conditionnelle, un contrat de location, un prêt d'argent, une panoplie d'autres arrangements financiers, qui sont fonctionellement équivalentes, peuvent tous être considérés comme étant du "crédit à la consommation" et peuvent donc donner lieu à des problèmes dont le législateur désire s'occuper.

Dans une telle situation, il est peut-être plus facile d'adopter une législation spéciale détaillée et de laisser aux tribunaux la tâche de régler les problèmes qui peuvent survenir à cause de la coexistence du droit contractuel général du Code civil et de la nouvelle législation. Le projet de loi sur le crédit à la consommation qui est présentement devant le Parlement suisse a, par contre, adopté l'approche contraire et, à mon point de vue, préférable : il vise à incorporer les nouvelles dispositions dans le Code des obligations, en modifiant et en augmentant les règles en vigueur traitant des contrats de prêt et des ventes à tempérament.

Il est difficile de prédire à quel degré l'adaptation du droit allemand des contrats aux changements d'ordre social et économique sera confiée aux tribunaux ou au législateur. Aussi, si une loi est adoptée, dans quelle mesure s'agira-t-il d'une révision du Code civil ou d'une législation spéciale? À mon avis, il y a effectivement un besoin de réforme législative prudente dans certains domaines du droit des contrats où, soit que la jurisprudence actuelle a atteint un niveau de complexité et d'hermétisme qui justifiera une intervention législative, soit que la réforme judiciaire du droit des contrats est trop lente et sporadique pour suivre les exigences actuelles de la justice contractuelle. Il ne faut pas oublier, cependant, que le droit des contrats est un domaine qui nécessite une souplesse considérable et qui exige que la rédaction des dispositions législatives laisse une grande marge de manoeuvre à l'évolution jurisprudentielle en réponse aux besoins de la vie

contemporaine. C'est, donc, surtout dans le domaine contractuel que le législateur moderne devra garder à l'esprit ce que Portalis a dit dans son "Discours préliminaire", il y a cent quatre-vingts ans :

> "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière... Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application saye et raisonnée, aux hypothèses privées(7)."

Dans la mesure où il est nécessaire de légiférer, on devrait, selon moi, le faire, autant que possible, sous forme d'une révision du Code civil plutôt que par législation spéciale. Les raisons, voulant que l'on garde un Code civil à jour, ne sont plus, bien sûr, celles que l'on avançait au début de l'histoire de la codification, lorsqu'on affirmait qu'un code constitue le symbole d'une réforme politique, sociale ou d'identité nationale, ou encore qui pouvait constituer une base pour l'éducation juridique du citoyen. C'est plutôt pour des raisons d'ordre technique que j'avance des arguments en faveur de la codification ou, plus précisément, de la réforme du droit des contrats par la révision du Code. Des concepts clairement définis, une terminologie générale suffisante et un nombre limité de principes clairs et équilibrés pour guider la magistrature, encourageraient l'accessibilité et la maniabilité du système juridique. L'économie interne d'un système bien ordonné en concepts, règles et principes d'application générale en souffrirait, si le législateur se dépêchait d'adopter des lois spéciales à chaque fois que cela semblerait souhaitable, plutôt que de se poser la question de savoir si les nouvelles dispositions ne pourraient pas être soit intégrées dans le cadre du système existant, soit exprimées au moyen de termes existants.

C'est sans doute prêcher à des convertis que de louer les vertus de la codification devant des civilistes. Mais on peut, néanmoins, en dire long sur le fait que la codification peut, dans une certaine mesure, rendre plus facile le travail routinier de la pratique du droit

ainsi que du jugement des causes, ce qui n'est pas le cas dans un système non-codifié ou dans un système où des lois spéciales mal coordonnées se retrouvent en abondance. La codification peut aussi contribuer à réduire le coût des services juridiques. Ce point de vue a été exprimé il y a plus de quarante ans par Karl Llewellyn, l'auteur principal du Uniform Commercial Code, qui était à la fois un maître de la common law et du droit allemand. "Quiconque, disait-il, n'a pas eu l'expérience de voir un avocat européen à la recherche d'une solution s'installer dans sa petite bibliothèque et en ressortir en moins d'une demi-heure avec au moins une solution réalisable, ne saisira réellement ce que la disponibilité de ces indices de base, renfermés dans un code systématique, peut faire pour amoindrir le coût de services juridiques adéquats(8)." [Traduction].

Il n'y a pas de doute, aujourd'hui, que la jurisprudence constitue un élément essentiel de tout système juridique et que les concepts et principes généraux exprimés dans un code ne résolvent point des problèmes d'orientation politique, sociale ou juridique. Mais ils contribuent beaucoup à définir et à clarifier la question en litige, à l'arranger et à régler la production jurisprudentielle et la doctrine, et à fournir les "indices de base" aux avocats et aux juges dont parlait Llewellyn. La législation spéciale montre, au contraire, une tendance à la verbosité et à la prolixité ainsi qu'à des distinctions élaborées qui, avec le temps, s'avèrent aussi inutiles que susceptibles de donner lieu à de nouvelles disputes. La codification et les idées d'économie interne et de discipline qu'elle représente ont tendance à conserver un droit praticable, méthodique, accessible et enseignable, sans pour autant le priver de sa souplesse essentielle. C'est pour cette raison, aussi démodée qu'elle puisse paraître, que je suis d'avis que la réforme du droit des contrats devrait s'effectuer par le biais d'une révision du Code plutôt que par de la législation spéciale.

NOTES :

1. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 (Bundesgesetzblatt I S. 3317).

2. Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht vom 24.8.1976 (Bundesgesetzblatt I S. 2525).

3. Voir par exemple, Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, Zeitschrift für Rechtspolitik 1974, 187 ; Reich, Mark und Recht, Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland (1977) 194-196 ; Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland (1980) 15 ; Hart/Joerges, Verbraucherrecht und Marktökonomie, dans : WirtschaftsRecht als Kritik-Privatrechts (1980), 83 ; Damm, Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem, Juristenzeitung 1978, 173.

4. Voir par exemple, Westermann, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 178 (1978) 150 ; Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, Archiv für die civilistische Praxis 178 (1978) 196.

5. Voir A. Wolf, Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 1978, 249.

6. Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 (Journal officiel 1978, 301).

7. Fenet, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil (1827) t.I, pp. 475-476.

8. K.N. Llewellyn, The Bar's Troubles, and Poultices - and Cures?, Law and Contemporary Problems 1938, vol. 5, 104 à la p. 118. Voir aussi Cohn, "The German Attorney", International and Comparative Law Quarterly 1960, vol. 9, 580 à la p. 586.

M. Jacques Ghestin :

L'avantage de ne pas avoir à parler le premier est de pouvoir mesurer le degré de tolérance du président de la séance. Je sais maintenant dans quelles limites je dois parler exactement. Je vais entrer immédiatement dans le vif du sujet et j'envisagerai successivement : justice contractuelle et codification ; justice contractuelle et valeurs ; justice contractuelle et langage.

1. Justice contractuelle et codification :

Dans l'étude magistrale qu'il a consacrée à la partie du Code civil relative aux contrats, monsieur le doyen Cornu a montré la pérennité des textes de ce code, mais en même temps, la profonde évolution de la matière. Évolution qui a entraîné d'importantes modifications dans les sources du droit.

Sur l'évolution de la matière que tout le monde connaît, je serai très bref. Tout le monde sait que l'on est parti du dogme de l'autonomie de la volonté, que celui-ci est fondé sur l'idée d'une égalité abstraite des parties contractantes, c'est la formule très connue : "qui dit contractuel, dit juste". Tout le monde sait également que cette conception dominante au XIX^{e} siècle a été démentie par les faits. L'inégalité est, bien sûr, dans la nature des hommes mais, cette inégalité s'est manifestée particulièrement au cours de la période récente des XIX^{e} et XX^{e} siècles. Inégalité classique entre employeurs et salariés, inégalité plus conjoncturelle des locataires, par exemple, et plus récemment, l'inégalité des consommateurs en face des professionnels ou l'inégalité de certains professionnels liés à des entreprises puissantes, par des contrats d'intégration du type de contrats de fournitures exclusives, par exemple.

Mais, ce qui retiendra davantage mon attention, c'est la modification des sources que cette évolution a provoquée. Au départ, en France, il y a le Code civil, le Code Napoléon, avec d'une part, une théorie générale du contrat et, d'autre part, une règlementation d'un certain nombre de contrats, les contrats nommés, ventes, dépôts, mandats, etc., présentant des règles qui, pour l'essentiel, sont seulement supplétives, interprétatives de la volonté des parties, qui peuvent donc les écarter si elles le souhaitent.

Depuis, les choses ont bien changé. Quelles sont les sources actuelles? D'abord, on a assisté à un développement considérable des lois spéciales d'ordre public : lois d'ordre public pour la protection des salariés, des locataires, des consommateurs. C'est ainsi que l'on peut citer depuis peu de temps une loi sur la vente immobilière, des lois sur le crédit : crédit mobilier d'abord, crédit immobilier ensuite ; subdivision, donc, de la législation.

Deuxième observation : l'on constate un affaiblissement corrélatif de la théorie générale du contrat. Pour présenter cette théorie générale du contrat, il faut aujourd'hui systématiser la réglementation propre à chacun des contrats nommés afin de dégager de nouvelles règles directrices de portée générale. Par exemple, le principe du consensualisme est battu en brèche par la multiplication des lois spéciales qui exigent un écrit dans un but de protection, qui règlementent les mentions de cet écrit, notamment à l'aide de mentions informatives destinées à faire connaître leurs droits aux profanes et que les professionnels sont tenus d'insérer dans leur projet de contrat.

Troisième observation : on constate le remplacement des règles supplétives, interprétatives du Code civil par les conditions générales des contrats d'adhésion : contrats imposés, aux consommateurs, par les contractants les plus forts, notamment par les professionnels. Et enfin, l'on observe bien sûr, mais cela n'est pas particulier au droit des contrats, une évolution de la jurisprudence qui, en France, s'est spécialement accélérée depuis une vingtaine d'années. Mentionnons, à titre d'exemple, le passage du dol à la réticence dolosive, le développement de l'obligation d'information et de renseignements.

Et puis, il nous faut envisager, à partir de ces sources actuelles, le problème même de la codification. En France, il y a eu codification partielle. C'est ainsi, par exemple, qu'il y a un Code du travail depuis quelques années. Mais ce Code du travail n'est qu'une simple compilation de l'ensemble des lois régissant les relations de travail et, d'ailleurs, on peut dire que la matière s'est largement détachée du droit civil. Il y a également un droit de la consommation jusqu'à présent constitué par un ensemble de lois éparses, sans grande cohérence. Le seul texte de portée générale est ce que l'on appelle la Loi Scrivener du 10 janvier 1978, instituant un mécanisme réglementaire et une commission

spécialisée afin d'éliminer les clauses abusives dans les contrats d'adhésion. Le nouveau gouvernement socialiste comporte, en France, un ministre de la Consommation et celui-ci a fait savoir qu'il souhaitait remettre de l'ordre dans ce droit. Sans employer ce mot, il s'agit, en fait, d'une codification du droit de la consommation. Codification qui serait différente d'une simple compilation, ne serait-ce qu'en raison de l'esprit profondément réformateur qui anime ce nouveau gouvernement socialiste. La question la plus délicate est évidemment la place de ce droit de la consommation à côté du Code civil. La volonté d'aller vite, la crainte de ne pas aboutir en étant trop ambitieux, conduiront sans doute à ne pas réaliser une réforme du Code civil lui-même. C'est sans doute une erreur, à moins que cette codification du droit de la consommation soit comprise comme une sorte de banc d'essai d'une réforme plus ambitieuse du Code civil lui-même.

Personnellement, c'est dans ce sens que je m'efforcerai d'infléchir ce projet auquel je participerai en tant que membre de la Commission des clauses abusives.

2. Justice contractuelle et valeurs:

Cela nous amène à nous interroger sur ce qu'est la justice contractuelle en tant que valeur. Ce qui est juste, c'est ce qui est conforme au droit, au droit positif ou bien à un droit idéal, un droit naturel.

Selon Saint-Thomas d'Aquin, la loi humaine est juste lorsqu'elle est orientée vers le bien commun du peuple auquel elle est destinée. Ainsi, le juste se rapproche de ce qui est socialement utile. Au nom de la justice contractuelle, on peut ainsi promouvoir la loi d'airain du contrat. On peut aussi essayer de protéger les plus faibles contre les puissants. Le concept a, donc, une ambiguïté profonde.

Pour le préciser, il faut d'abord faire une distinction entre justice commutative et justice distributive. Il faut également rapprocher la justice contractuelle du dogme de l'autonomie de la volonté. La distinction entre justice distributive et justice commutative est trop connue pour nous retenir longtemps.

Justice distributive : il s'agit de donner à chacun la part qui lui revient, une part égale, peut-on penser a priori ; en fait, une part inégale car une part

attribuée en fonction des besoins, en fonction aussi des mérites. Il y a de justes causes d'inégalité. Par exemple, c'est, aujourd'hui en France, la justice distributive qui conduit à déséquilibrer les contrats de fermage au profit de ceux qui exploitent la terre et au détriment de ceux qui la possèdent. Car cela paraît conforme à l'utilité sociale et à la justice distributive.

Justice commutative, il s'agit ici de rétablir l'égalité entre les parties. Le vendeur s'appauvrit en livrant l'objet vendu. L'équilibre sera rétabli par la créance du prix qui lui est donné. Et pour que l'équilibre soit maintenu, il faut, qu'en valeur, le prix soit l'équivalent de l'objet vendu. C'est précisément ce qu'on appelle la justice contractuelle dans le sens le plus étroit, le plus précis du terme. Elle suppose donc l'élimination des contrats déséquilibrés, des contrats lésionnaires ; et au second degré, l'élimination de toutes les inégalités susceptibles d'entraîner un tel déséquilibre du contrat : vice du consentement, obligation d'information, en sont la conséquence naturelle.

Mais, il faut surtout considérer les rapports entre la justice contractuelle et le dogme de l'autonomie de la volonté. Car, à mon sens, la justice contractuelle implique le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté. D'abord, sur le plan philosophique, il est inexact de considérer que la volonté des parties est le fondement de la force obligatoire du contrat. En effet, on ne voit pas pourquoi ce serait la volonté passée, la volonté morte de celui qui ne veut plus, aujourd'hui, exécuter son contrat, qui serait sa loi et que l'on écarterait sa volonté présente, sa volonté vivante. En réalité, si les contrats sont obligatoires, c'est parce que l'État veut qu'ils soient obligatoires, parce qu'il considère qu'il est opportun que le contrat soit obligatoire, parce que cela est commode pour réaliser des échanges entre les hommes. Dans cette optique, les contrats ne peuvent être obligatoires que s'ils sont à la fois utiles socialement et s'ils sont, également, conformes à la justice distributive et aussi à la justice commutative, à la justice proprement contractuelle. On voit ainsi que la justice contractuelle est véritablement le fondement, l'inspiration essentielle d'une théorie générale des contrats.

Précisons, d'ailleurs, que telle n'est pas la conception dominante de la doctrine française qui reste encore, dans son ensemble, attachée au dogme de l'autonomie de la volonté.Ce dogme de l'autonomie de la volonté a habitué les esprits à voir dans le consentement une fin

en soi, alors qu'en réalité, la démarche doit être tout à fait différente. Ce qui est essentiel, c'est que le contrat ne soit pas lésionnaire et, si l'on protège le consentement, si l'on veut que le consentement soit libre, soit éclairé, soit réfléchi, c'est seulement pour éviter que le contrat soit déséquilibré, qu'il devienne lésionnaire. C'est pour permettre à la volonté de remplir son office de protection des parties, alors seulement, chacune des parties est véritablement à même de défendre ses intérêts. Et alors, il est vrai de dire que le contrat actuel est juste, mais seulement à cette condition.

Cette perspective peut être opposée à celle qui régnait en France, et qui règne encore dans une large mesure en France, et que j'évoquerai à travers cette citation du très grand juriste qu'a été Henri Capitant, citation qui a été faite par M. Henri Mazeaud, cela pour vous marquer l'actualité de la pensée : "Le juge ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité, car l'équité serait ici contraire à la justice ; la justice, la morale, l'ordre social veulent que l'homme tienne la parole qu'il a donnée. Que le législateur intervienne au besoin dans les périodes extraordinaires de crise ; le juge ne doit connaître qu'une règle, le respect de la foi promise".

Comme vous le voyez, au nom de la justice contractuelle, il est, donc, possible d'interdire toute intervention du juge. Aujourd'hui, c'est au nom de cette justice contractuelle, qu'au contraire, on prône le développement de l'ordre public ; on prône l'intervention du législateur et celle du juge, notamment afin de corriger les inégalités qui existent entre les parties contractantes. Ainsi, le même mot peut avoir des sens différents ; c'est là toute la difficulté du langage juridique, ce qui m'amène à ma troisième partie, la justice contractuelle et le langage.

3. Justice contractuelle et langage :

Monsieur le doyen Cornu, hier, a insisté sur la nécessité d'utiliser des formules souples afin de faciliter l'évolution d'un droit que la codification risquerait de figer d'une façon excessive.

Ce besoin est particulièrement illustré par l'utilisation de ces notions que l'on appelle malléables ou que l'on appelle encore à contenu variable. Le temps nous manquant, j'en prendrai un exemple seulement, qui me

semble tout à fait caractéristique ; c'est celui de l'ordre public.

Pour tenir compte de l'inégalité des parties, on a multiplié les règles impératives de protection. Il y a eu, ainsi, un développement considérable de l'ordre public. Et sur le terrain du langage, ce développement a nécessairement entraîné une diversification de ce concept, diversification qui devra se traduire au moment d'une codification.

D'abord, on distingue classiquement aujourd'hui entre, d'une part, l'ordre public, politique et moral et d'autre part, l'ordre public, économique et social, sensiblement plus récent. Le premier vise à faire respecter l'organisation de l'État, des pouvoirs publics, le statut de la famille, les bonnes moeurs, tandis que l'ordre public, économique et social s'applique à l'échange des biens et des services condidéré en lui-même. Alors que l'ordre public, politique et moral prend l'échange en considération, en raison de ses conséquences à l'égard des institutions, l'ordre public, économique et social prend directement l'échange, en lui-même, comme cible.

Par exemple, la remise d'un cadeau à un acheteur peut constituer, en France, une infraction d'ordre public économique sur les ventes avec primes. Mais, la remise d'un autre cadeau au fonctionnaire de la direction de la concurrence, chargé de réprimer ce genre d'infraction, constitue une atteinte à l'ordre public, politique et moral.

Mais cette distinction présente, aujourd'hui surtout, un intérêt historique, parce que le développement de l'ordre public s'est fait, essentiellement, par le gonflement de l'ordre public, économique et social. La distinction véritablement fondamentale aujourd'hui, à mon sens, c'est celle qui doit être faite entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection. En effet, les règles qui se rattachent à l'un et à l'autre ne peuvent être soumises au même régime.

Les règles, qui, au nom de la justice, visent à protéger certaines personnes ne peuvent être soumises au même régime que les règles de l'ordre public de direction. Dans un régime de protection, seulement la partie

protégée, par exemple le salarié ou le consommateur, pourra se plaindre de la violation de la règle.

Ensuite, l'ordre public de protection constitue toujours un minimum ; à ce minimum, les contrats peuvent toujours déroger, mais à une condition : que ce soit toujours en faveur de la partie que l'on entendait protéger. Un tel principe est évidemment inapplicable lorsqu'il s'agit d'ordre public de direction ; par exemple, la législation sur les changes s'applique à tout le monde, il n'y a pas de maximum ni de minimum.

Enfin, il est logique de permettre à la personne protégée de renoncer aux droits qu'elle a obtenus, tout au moins lorsque sa protection n'est plus nécessaire, par exemple, pour un salarié, lorsqu'il a cessé d'appartenir à l'entreprise. Il est certain qu'une telle renonciation est inconcevable lorsqu'il s'agit de règles d'ordre public de direction.

Et ainsi, à travers ces notions d'ordre public de protection et de direction, vous voyez que j'ai évoqué le régime particulier des nullités relatives d'une part, des nullités absolues, d'autre part. En quelque sorte, c'est l'ensemble du régime des sanctions pour la totalité des règles régissant le contrat dans son ensemble qui se trouve entièrement gouverné par une distinction qui est totalement nouvelle, car elle ne figure absolument pas dans le Code Napoléon et elle est même relativement récente dans la doctrine. Or, si l'on faisait une codification, cette distinction me paraît tout à fait indispensable et ne pourrait pas ne pas être introduite. Je dois maintenant interrompre ces observations trop brèves pour le sujet à traiter mais trop longues pour votre patience. Je vous remercie beaucoup de votre attention.

M. Maurice Tancelin :

Je remercie beaucoup monsieur Ghestin de son intervention et maintenant je passe la parole au professeur Saul Litvinoff.

M. Saul Litvinoff :

LA JUSTICE CONTRACTUELLE

En considération du respect porté à l'autonomie de la volonté, on dit en français "Qui dit contractuel

dit juste." Une traduction littérale anglaise de cette belle expression ne signifierait pas grand chose. Une signification comparable est transmise en anglais, cependant, à travers une traduction libre telle que "Contract means fair exchange". Si l'on met de côté la beauté littéraire, le fait est que l'expression française n'explique pas si un certain résultat ou une certaine situation est "contractuel" parce qu'il est "juste" ou s'il est "juste" parce qu'il est "contractuel". L'expression anglaise n'explique pas, non plus, si un échange est équitable parce qu'il résulte d'un contrat ou si un contrat est équitable parce qu'il implique un échange. La vérité, en cette matière, est que de telles expressions ne sont pas des états de fait mais plutôt des formulations d'un idéal. Ce qu'elles veulent réellement dire, c'est que "Contracts ought to be such that by saying 'contractuel' one would be saying 'juste'", [Les contrats devraient être conclus d'une manière telle que dire "contractuel" serait la même chose que dire "juste".] ou "Every contract ought to contain a fair exchange." [Tout contrat devrait comporter un échange équitable].

Si l'on descend de la sphère de "l'idéal" vers le monde des réalités, on ne peut pas dénier que contrats injustes ou échanges inéquitables font partie de l'expérience de chacun. Définir "injuste" n'est certainement pas plus facile que de définir "juste". D'autre part, ni l'un ni l'autre ne peut être défini, à moins que "justice" ne soit définie, une tâche qui semble être au delà de la capacité humaine. Néanmoins, si on ne peut définir "injuste", du moins peut-on le décrire avec moins d'effort qu'il ne faudrait pour décrire "juste", et peut-être avec plus de certitude même, à cause du choc émotionnel qu'entraîne toujours la négation des valeurs.Il est commode pour cela de se rendre compte que le contrat est une anticipation du futur et, par conséquent, une part du plan existentiel. C'est à travers cette anticipation, par le contrat ou autrement, que le futur peut être façonné par la liberté créatrice de l'homme. Dans cette optique, "injuste" est ce qui, sans raison, prive une personne de ses espérances légitimes.

L'injustice peut s'insinuer dans un contrat de plusieurs façons. Une de ces façons, détectée assez tôt dans l'histoire du droit, a donné lieu à la doctrine de la lésion.

La lésion survient quand il y a une disproportion manifeste ou importante entre la valeur d'une prestation promise ou rendue par une partie et la valeur de la

prestation promise ou donnée en retour. Le concept est ancien. Il a ses origines dans la laesio enormis romaine, et est destiné à protéger les faibles contre les puissants ou potentiores(1). Ainsi, une constitution de l'empereur Dioclétien permit la rescision d'une vente quand une partie recevait moins que la moitié de la valeur de ce qu'elle avait donné(2). Faisant comme si cela était une conséquence du principe très général de la bonne foi, une autre constitution du même empereur permit un recours à la lésion en cas de partage. Selon le Digeste, la lésion pouvait être invoquée par une partie à un contrat de société quand la distribution des bénéfices avait été déléguée à un tiers(3).

Dans l'ancien droit français, la lésion s'était considérablement étendue. Elle était admise, non seulement dans le cas des ventes où la différence entre les valeurs données et reçues était outre moitié, mais aussi dans le cas d'autres contrats commutatifs où la différence entre les prestations des parties était excessive. Néanmoins, elle n'était pas permise dans le contrat de transaction ou compromis, ni dans un contrat où la valeur de la chose en question était incertaine, ni dans un contrat de biens meubles à circulation rapide. Pour cette même raison, quand il s'agissait de ventes, on avait tendance à rejeter la lésion en faveur de l'acheteur(4).

Pour Pothier, tous les contrats sont censés être gouvernés par l'équité. Il s'ensuit que dans les contrats onéreux et commutatifs, quand l'une des parties donne ou fait quelque chose dans le but de recevoir quelque chose d'autre en retour, tel qu'un prix ou une compensation, le contrat est vicié si l'une des parties ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'elle donne, même si l'autre partie n'est coupable d'aucun artifice ou manoeuvre dolosive. En matière commerciale, disait Pothier, l'équité est composée d'égalité. Une telle égalité est violée quand l'une des parties donne plus qu'elle ne reçoit, auquel cas le contrat est vicié pour défaut d'équité qui devrait le gouverner. Jusqu'ici Pothier semble adhérer à une notion objective de la lésion, dans le style romain. Toutefois, comme s'il avait besoin d'une force de persuasion supplémentaire, Pothier ajoute qu'il y a un défaut dans le consentement de la partie qui invoque la lésion, parce que cette partie n'aurait pas donné ce qu'elle a transféré si ce n'est à cause de la fausse supposition que ce qu'elle recevrait en retour serait de valeur égale, et qu'il n'y aurait aucun doute qu'elle ne l'aurait pas donné si elle avait su que ce qu'elle allait recevoir en retour était d'une valeur inférieure. Le prix

des choses, dit Pothier, n'est ni fixe ni immuable. Il y a une certaine marge dans laquelle les parties peuvent négocier, et aucune lésion ne survient vraiment, à moins que ce qu'une partie acquiert ne soit au-dessus de la valeur la plus haute possible ou au-dessous de la valeur la plus basse possible de ce qu'elle donne.

Cependant, conclut Pothier, la rescision pour cause de lésion ne devrait pas être accordée aux personnes majeures et capables, à moins que l'atteinte à leurs intérêts ne soit franchement excessive. En effet, si on permettait à des personnes majeures d'attaquer trop facilement leurs propres conventions, la sécurité et la liberté du commerce en souffriraient. En fin de compte, le préjudice porté aux intérêts d'une partie est réellement excessif quand il s'élève à plus de la moitié du juste prix. En cas de partage, cependant, une différence de plus d'un quart dans la valeur des parts assignées aux parties suffit à entraîner la lésion, parce que l'égalité est une condition d'une importance plus grande encore pour des accords de ce genre.

En dépit de déclarations emphatiques de principes, Pothier passe la notion de lésion au travers du fin tamis de la sélection et de l'exclusion, au point que la lésion ne réémerge et ne devient pratiquement applicable que dans la vente, l'échange et le partage. Dans le cas de la vente, cependant, et dans un souci de compatibilité avec les déclarations de principes, la rescision pour cause de lésion ne peut être proclamée qu'au profit d'un vendeur qui a reçu moins de la moitié du juste prix de la chose qu'il a vendue ou d'un acheteur qui a payé plus du double du juste prix de la chose qu'il a reçue(5).

Durant la Révolution française, la rescision pour cause de lésion fut abolie par une loi spéciale et toutes les actions de ce genre, alors en cours, furent suspendues. Au cours de la discussion du Code civil, l'idée de la lésion fut vigoureusement attaquée. D'un point de vue rationnel, disait Berlier, il n'est pas vrai que le prix des choses est certain. La commodité, le motif sentimental, la situation différente des parties sont parmi les considérations qui contribuent à déterminer la valeur des choses. Le juste prix, pour cette raison, est seulement le prix établi par l'accord lui-même(6). Cependant, le point de vue qui prévalut fut celui présenté par Portalis. Dans son esprit, c'était une grande exagération que d'affirmer que la valeur des choses ne peut

être déterminée d'une façon précise. La valeur réelle et la valeur relative des propriétés sont bien connues dans chaque communauté, disait-il. Un morceau de propriété peut toujours être estimé selon la valeur des propriétés voisines ou environnantes(7). Une autre grande exagération, ajoutait-il, était d'affirmer que la rescision pour cause de lésion porte atteinte à la sécurité des transactions, alors qu'une telle sécurité est pareillement affectée par n'importe quelle cause de nullité(8). Cambacérès se joignit à Portalis en affirmant qu'on ne saurait approuver un système qui mettrait à l'abri d'une action un contrat qui donne trop à une partie et rien à l'autre(9).

Sur la base de ces idées, un concept de la lésion, encore plus restrictif que celui recommandé par Pothier, fut finalement incorporé dans le Code Napoléon, et il se retrouve dans le Code civil de la Louisiane.

La doctrine classique a essayé d'expliquer la lésion en termes d'erreur, ou plutôt d'erreur implicite. On peut dire, en effet, que celui qui vend une propriété pour moins que la moitié de son prix équitable a une fausse idée des valeurs du marché(10). L'explication n'est pas convaincante. Tout d'abord, les Codes civils français et louisianais affirment que le droit de solliciter la rescision pour cause de lésion existe, même quand le vendeur y a expressément renoncé et a déclaré que le surplus de la valeur est un cadeau fait à l'acheteur(11). Deuxièmement, si l'erreur était la raison véritable, alors, l'action en rescision devrait être permise à l'une et l'autre des parties, comme le suggérait Pothier, alors qu'en France et en Louisiane, on refuse expressément un tel recours à l'acheteur(12). Troisièmement, l'erreur, quant à la valeur d'une chose, n'est ni une erreur sur la substance ni une erreur sur la qualité substantielle de la chose, comme il est requis par la théorie générale de l'erreur, pour qu'un tel vice du consentement soit effectif.

Si elle est considérée comme un vice du consentement, la lésion semblerait mieux s'aligner avec le manque de liberté qu'avec le manque d'information d'un tel consentement(13). En effet, on peut déjà dire que celui qui vend à un prix vil est la victime de circonstances pressantes qui ont donné lieu à un besoin désespéré d'argent tel qu'il ne peut se permettre d'attendre de trouver un acheteur qui accepte de payer le prix qu'il sait être équitable. Une telle situation tombe dans la notion anglo-américaine, moderne et humaine, de <u>economic</u>

duress, que l'on pourrait, avec un peu de bonne volonté, appeler "violence" en terminologie civiliste, bien que très peu de tribunaux dans un système civiliste seraient d'accord pour aller si loin.

Le Code civil de Louisiane a évité de faire un choix entre l'erreur et la violence en tant que fondement de la lésion. Ainsi, dans l'un des nombreux articles qui traitent de la lésion et qui, en plus de règles de droit, contiennent également des définitions et une véritable doctrine, ce Code affirme que le recours à la lésion est "founded on its being the effect of implied error or imposition ; for, in every commutative contract, equivalents are supposed to be given" [... est fondé sur ce que la lésion est l'effet d'une erreur ou d'un dol implicite, parce que, dans tout contrat commutatif, on est censé donner ou recevoir un équivalent].

Le dol, même implicite, n'avait jamais été associé à la notion de lésion, du moins dans sa signification technique, puisque la rescision pour lésion peut être accordée même quand l'autre partie n'est coupable d'aucune intention frauduleuse. Cependant, Portalis n'hésita pas à faire allusion au dolus re ipsa comme autre explication possible. En conformité avec cette approche, quelques décisions des tribunaux de Louisiane ont exprimé le point de vue que la notion d'imposition à laquelle le Code civil de Louisiane se réfère est une notion technique, c'est-à-dire distincte du dol et qui résulte directement de l'inadéquation du prix(14). Ainsi, la rescision pour lésion diffère de la rescision pour dol en ce sens que cette dernière résulte en une déclaration de nullité alors que, dans le premier cas, l'acheteur a une option, soit de se soumettre à la rescision ou de payer un supplément afin d'équilibrer le prix d'achat(15). Dolus re ipsa est peut-être la meilleure justification de la théorie de la lésion qui permet aux mineurs de résilier leurs contrats pour cause de lésion, sans les nombreuses restrictions qui limitent par là-même la portée du recours ouvert aux personnes majeures.

Tous les Codes civils n'ont pas incorporé la notion de lésion. Ceux qui l'ont fait offrent des différences remarquables concernant les parties auxquelles le recours est accordé, le montant des dommages et les genres de choses protégées. Ainsi, l'ancien Code prussien accordait le recours à l'acheteur et le refusait expressément au vendeur(16). Le Code Napoléon parle en termes de lésion de plus de sept douzièmes(17). Le Code de Lousiane a adopté la notion plus traditionnelle de lésion

outre moitié, ou au-delà de la moitié(18). Le Code civil du Québec de 1866 a limité la lésion aux mineurs et l'a expressément refusée aux personnes majeures(19). Le rédacteur du Code civil argentin a clairement spécifié les raisons de l'exclusion dans ce code de la notion de lésion. Premièrement, disait-il, le recours manquait de généralité suffisante et offrait une variation excessive sur le plan de l'action. Deuxièmement, la loi ne devrait pas protéger les parties contre leur propre négligence ou imprudence(20).

Les remarques offertes jusqu'ici prennent en considération une théorie objective de la lésion, c'est-à-dire celle qui requiert seulement une démonstration de l'inadéquation du prix afin de justifier l'action(21).

Au XX^{e} siècle cependant, le Code civil allemand a adopté une approche subjective de la lésion. Dans ce Code, les bases du recours doivent, en fait, ressortir d'un examen de l'état psychologique des parties, et de plus, le dol doit être prouvé. Une simple inadéquation du prix ne donne pas lieu à une présomption de dol. Le Code allemand a adopté un critère assez flexible de la non-équivalence d'une valeur en mettant l'accent sur la position relative des parties au moment de la formation du contrat(22).

Le Code suisse des obligations a suivi l'exemple allemand. Pour qu'un dédommagement soit accordé, suivant l'approche subjective, il doit être démontré que l'une des parties a profité du désarroi, de la frivolité, ou de l'inexpérience de l'autre. Un tel dédommagement n'est pas dépendant d'une fraction arithmétique plus ou moins arbitraire. En regardant les choses sous ce même angle, Ripert a façonné sa théorie de l'"abus de contrat" où le recours compensatoire est basé sur des concepts délictuels, quand l'une des parties contractantes a exploité l'autre(23).

Sans tenir compte de l'approche objective ou subjective, la notion de lésion soulève des principes de nature sociale et d'une très large portée. Elle oppose, d'un côté, la liberté du contrat, fondement de la sécurité des transactions, à l'idée de l'interférence du tribunal, de l'autre, c'est-à-dire, en fait, de l'État dans la vie du contrat. Cette idée n'est réellement basée ni sur l'erreur implicite ni sur la fraude implicite, mais plutôt sur la solidarité sociale entre parties contractantes,

solidarité qui exige un certain degré d'équivalence entre les prestations échangées. Bien qu'il soit parfaitement acceptable pour une partie d'attendre de son contrat le plus grand avantage possible, une telle attente devient intolérable quand elle s'accomplit seulement aux dépens de l'autre partie et provoque sa ruine totale ou partielle.

On ne peut nier que la célèbre tradition philosophique qui soutient la liberté du contrat est imprégnée de valeurs libérales. De telles valeurs sont encore très attirantes, mais il serait irréaliste de penser que les croyances morales de la génération actuelle sont compatibles avec ces valeurs libérales. Le principe du libre choix, en particulier, qui est une valeur qui se trouve à l'origine de la vénération dans laquelle les écrivains du XIX^{e} siècle tenaient l'institution du contrat, est peut-être, malheureusement, en grand déclin dans la société contemporaine. En contraste marqué, la notion de droit comme instrument de protection des incapables, privés de volonté libre et éclairée, est devenue un aspect très important de la politique sociale. Les juristes contemporains sont parfaitement conscients de la manière dont les changements dans les valeurs et les perspectives qui leur sont données ont affaibli la croyance en la liberté contractuelle, croyance qui était un idéal suprême dans la pensée du XIX^{e} siècle. Toute théorie des obligations conventionnelles qui omet de tenir compte des conséquences de changements de cette magnitude est condamnée à être une théorie mort-née.

Le Projet de Code civil du Québec a relevé le défi des valeurs changeantes d'une société qui a changé. Dans son article 37 du Livre Des obligations, ce Code stipule : "La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation"(24). Les points de vue objectif et subjectif sont ainsi soigneusement harmonisés : subjectif, parce que l'exploitation de l'une des parties par l'autre doit être déterminée à la lumière de leurs circonstances personnelles ; objectif, parce que la disproportion entre les prestations doit être sérieuse, bien qu'il n'y ait aucune tentative de lier la conscience judiciaire à une quelconque formule mathématique arbitraire. La raison, elle-même contenue dans l'article, est qu'il convient de façonner un droit vivant au lieu de le laisser se languir dans un lit de valeurs somptueuses mais décadentes. Le langage n'est pas plus concis qu'il n'est nécessaire pour atteindre à la précision, bien que cette précision tienne moins aux conclusions définitives qu'à la précision du

concept lui-même, très large et ouvert aux possibilités infinies d'application par l'interprète sensible. Un langage, en somme, qui honore la tradition qui l'a engendré. Les articles suivants concernent la nullité du contrat résultant d'un vice de consentement, et plus spécifiquement, en ce qui concerne la lésion, l'article 40 prévoit : "Le tribunal peut aussi, en cas de lésion, maintenir le contrat dont la nullité est demandée, si le défendeur offre une réduction de sa créance ou un supplément monétaire équitable"(25). La touche finale est ainsi donnée à la doctrine de la lésion.

Puisque les bons exemples sont parfois suivis, en s'inspirant du Projet de Code civil du Québec, un article du Projet de révision du droit louisianais des obligations prévoit : "Rescission may be obtained on grounds of lesion when, under circumstances indicating the lack of a free consent, a party has agreed to render a performance that is manifestly out of proportion to the performance of the other party" [On peut demander la rescision pour lésion quand, dans des circonstances qui indiquent l'absence de libre consentement, une partie s'est engagée à une prestation disproportionnée par rapport à la prestation de l'autre partie](26). Un effort a été fait pour transformer la rigidité conceptuelle des termes légaux anglais en un porteur efficace de la flexibilité conceptuelle civiliste. Cependant, l'effort n'a peut-être pas réussi. L'article suivant énonce : "The party against whom rescission for lesion is sought may prevent it by offering to improve his performance to the satisfaction of the other party or of the court" [La partie contre laquelle la récision pour lésion est demandée peut l'éviter en offrant d'améliorer sa prestation d'une manière satisfaisante pour l'autre partie ou pour le tribunal](27).

Telle est la réponse du Québec et de la Louisiane à l'unconscionability anglo-américaine, une notion née sous les auspices de la meilleure des intentions, mais malheureusement noyée dans l'obscurité sémantique d'une tradition juridique différente.

NOTES :

1. Voir W. Buckland, Textbook of Roman Law (1921) 483 ; R. Sohm, Institutes of Roman Law (3d ed. 1907) 403.

2. Code 4.44.2,8.

3. Digest 4.4.14.4.

4. Voir Planiol & Ripert, Traité pratique de droit civil français, Vol. VI, 1930, no. 211 et s., aux pp. 276 et s. [cité comme Planiol & Ripert] ; Troplong, Droit civil expliqué, vol. II, 1834, De la vente, nos 780-788, pp. 344-347.

5. Voir Pothier, A Treatise on the Law of Obligations or Contracts, 1806 traduction Evans, 120.

6. P. Fenet, 14 Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil, 1827, (réimpression 1968), 36.

7. Id. aux pp. 42-43.

8. Id. à la p. 43.

9. Id. à la p. 43.

10. 10 Duzanton, Cours de droit français, 1844, 4e éd. 182.

11. C. civ. La., (1870) art. 2589 ; C. civ. fr., 1804, art. 1674.

12. C. civ. La., 1870, art. 1861, 2593 ; C. civ. fr., 1804, art. 1683.

13. 24 Demolombe, Cours de Code Napoléon, 1877 180 ; Commentaire, Lesion Beyond Moiety in the Law of Sale, 14 Tul. L. Rev. 249, 251 (1940).

14. Voir Block v. Hirsch, 145 La. 427, 82 So. 394 (1919); Russel v. Sprigg, 10 La. 421 (1836).

15. Voir C. civ. La., (1870) art. 1877, 2592 ; Block v. Hirsch, 145 La. 427, 82 So. 394 (1919) ; Russel v. Sprigg, 10 La. 421 (1836).

16. C. civ. pr., (1751), art. 59, 60.

17. C. civ. Fr., (1804), art. 1674.

18. C. civ. La., (1870), art. 1861.

19. C. civ. du Bas-Canada (1866), art. 1002, 1012.

20. C. civ. Argentin, (1869), art. 943.

21. Planiol & Ripert, précité, supra, note 4.

22. Dawson, Economic Duress and the Fair Exchange in French and Roman Law, 11 Tul. L. Rev. 345 (1937), 12 Tul. L. Rev. 42 (1937).

23. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles 3e éd., 1935, p. 129, no 70.

24. Rapport sur le Code civil, Québec, Éd. off. 1978, Vol. I, "Projet de Code civil", art. 37.

25. Id. art. 40.

26. Louisiana State Law Institute, Projet for a Revision of Book III of the La. Civ. Code of 1870, Report Prepared Following the Meeting of October 7-8, 1977, art. 1, à la p. 65.

27. Id. art. 5, à la p. 72.

M. Maurice Tancelin :

Je remercie monsieur Litvinoff. Vous venez d'entendre le point de vue des trois juristes participant à cette table ronde. Maintenant, nous allons donner la parole au théologien et au sociologue.

M. Jacques Grand'Maison :

I INTRODUCTION

Nous faisons face à un profond renouvellement de la problématique sociale dans le tournant historique actuel. Renouvellement à la fois culturel, éthique, social, économique, politique, et bien sûr, juridique, qui passe de plus en plus par la redéfinition des rapports les plus fondamentaux, tel celui de l'homme et de la femme. L'idée même de contrat est appelée à une révision radicale depuis que la femme, par exemple, est reconnue comme un sujet entier, autonome, et non pas comme la moitié du couple ou comme complément de l'époux.

Je me demande si on a bien évalué, dans les changements juridiques récents, les défis socio-culturels, éthiques et philosophiques sous-jacents aux nouvelles codifications, sans compter les difficultés pédagogiques des pratiques sociales correspondantes.

On ne change pas en un tournemain des modèles culturels d'autorité et une division de rôles - ce qui est plus profond qu'un partage de tâches -, on ne change pas ces traits burinés par des siècles, en décrétant tout d'un coup que l'autorité sera désormais parentale. Des recherches récentes, au Danemark, ont évalué l'impact de ce changement instauré il y quinze ans. Or, on constate un réel désarroi chez l'enfant devant des rôles de plus en plus éclatés, sinon fluides et incertains. Pensons aux énormes problèmes qui accompagnent les nouvelles prescriptions de la garde conjointe des enfants chez les époux séparés ou divorcés.

Quand vous en venez à disqualifier le rôle des rôles, vous pouvez vous attendre à ce que le contrat comme tel devienne extrêmement friable, sans assises psychosociologiques, éthiques ou culturelles, sans repères stables de cohérence sociale ou autre, du moins, dans cette phase transitionnelle qui est nôtre. Nous sommes en train de

recodifier sur deux trames éthiques et culturelles incertaines : l'ancienne est déchirée, la deuxième n'est pas constituée. Certes, il n'y a, là, aucune raison qui incite à reculer devant une tâche aussi nécessaire. Mais il faut bien voir son ampleur, sa profondeur et sa complexité dans une perspective de changement historique.

Le droit libéral de nos sociétés occidentales, conçu comme un outil de transaction sans cesse révisable, arrive à une limite critique quand il atteint le niveau culturel et éthique des rapports fondamentaux, niveau où l'on ne peut plus transiger la vie, les êtres, comme on négocie les choses, les propriétés, comme on change de modèle d'automobile.

Nous avons rencontré des problèmes semblables dans des expériences d'auto-organisation, d'autogestion, où ce n'était plus d'abord le Capital, mais une communauté d'hommes qui s'affirmait, le véritable sujet de l'entreprise et du contrat. Problème que l'association des jeunes chefs d'entreprise en France soulignait, récemment, d'une façon semblable à la nôtre.

Y a-t-il ici, au coeur même de la démarche contractuelle, deux logiques qui s'affrontent : une logique libérale, davantage centrée sur la propriété des biens, et une logique socialiste, définie avant tout par l'égalité des hommes?

Mais le problème se complique du fait que la pratique sociale des socialistes enfreint, à sa manière, le rôle de cohérence du droit contractuel, en le réduisant à un rapport de forces livré totalement à une idéologie du conflit permanent. Le droit, pur instrument de transaction chez les libéraux et instrument de combat chez les socialistes, est aboli à la longue ; il n'a plus de poids par lui-même, de base stable et identifiable, d'autorité morale, politique ou autre.

On l'a vu, chez nous, dans les longues grèves des services publics. Les contribuables, les malades, les étudiants se sont retrouvés sans droits effectifs individuels (logique libérale), sans droits collectifs (logique socialiste), parce que les usagers de ces services publics n'avaient aucune carte de pouvoir dans le pur rapport de forces, conçu par les libéraux en termes transactionnels et par les syndicats socialistes en termes conflictuels, et cela toujours au nom d'une logique de pouvoir total et

unique à défendre ou à arracher. Dans ce genre de contrat social, ceux qui n'ont que leur droit sont tout à fait impuissants.

Où nous mène cette logique univoque? N'oublions pas que, dans n'importe quel régime, il y aura toujours une masse de gens qui seront dans cette situation : par exemple, les enfants qui constituent la majorité de l'humanité actuelle. Or, les enjeux éthiques de cet ordre sont sans cesse refoulés.

Comment codifier alors une éthique, une culture, une philosophie de base, ou même des pratiques qu'on n'arrive même pas à nommer? J'en veux, pour exemple, notre Code du travail qui, dans sa version nouvelle comme dans l'ancienne, n'a qu'une référence éthique, mais vraiment une seule, tellement vague qu'elle n'a aucun poids, à savoir : "la bonne foi". Pinochet, Brejnev ou Reagan se disent tous de bonne foi!

Or, c'est là le paradoxe : plus la société, la culture et l'éthique perdent de consistance, plus on codifie, et plus le langage devient standard, insignifiant pour exprimer les champs spécifiques de l'expérience humaine. Au Québec, le cahier législatif de 1980 compte 1700 pages. Un contexte non gérable par le cabinet des ministres, par les experts, y compris les juristes, et non compréhensible pour la plupart des citoyens. C'est la bureaucratie au cube.

On est loin du rôle historique du droit, comme noyau dur et clair d'une société, d'une culture et d'une certaine éthique minimale de base.

Cette hyper-juridiction devient un substitut à la fois psychologique, social, moral, culturel, politique et même religieux. C'est ainsi que des rapports quotidiens normalement soumis au simple exercice du jugement s'établissent à coup de droits. On n'arrive pas à se parler, on se méfie de tout et de tous, on ne sait plus comment les choses vont tenir ensemble, alors le droit vient combler cette absence de maturité éthique et politique.

À long terme, le droit lui-même risque de perdre sa crédibilité. J'aborderai, dans un moment, les aspects positifs du tournant actuel. Mais je ne veux pas

glisser trop vite sur ces cotes d'alerte que certains milieux juridiques persistent à ignorer, tant chez les praticiens dits pragmatiques que chez les nouveaux militants des droits qui érigent leur idéologie en vérité juridique, métaphysique, unique et irréfutable. Les uns et les autres n'ont rien à envier à la vieille scolastique d'hier, incapable de prendre une distance critique sur ses propres fondements idéologiques et sur son code juridique, moral et social. Les scolastiques nouvelles, comme les anciennes, sont incapables de discerner les enjeux humains les plus cruciaux sous les jeux de leur logique close et univoque.

Voyez comment le droit, cette monnaie sociale de l'humanité, est en train de passer au troc primitif, étranger à toute justice contractuelle. Même des gouvernements, et pas seulement des terroristes, troquent des droits. Vous extradez et nous rétablissons l'immunité diplomatique! Ce genre de troc, qui se pratique même pour les droits, se répand tout autant à la base sociale.

J'y vois une profonde crise éthique. Dans la mesure où l'on est prêt à maquignonner ses propres convictions éthiques, il n'est aucun droit qu'on se sentira obligé de respecter.

Il y a, là-dessous, un drame humain peu clarifié. Les droits libéraux et socialistes, soit dans la foulée de la justice contractuelle, soit dans celle du conflit entre deux forces qui se disputent le pouvoir, ces droits libéraux et socialistes arrivent à un cul-de-sac. En effet, ils méconnaissent précisément le troisième terme que l'éthique pointe : à savoir que la cellule humaine fondamentale n'est pas une diade, mais une triade.Quand un champ humain se réduit à un contrat à deux, il y a très souvent des excuses ; qu'il s'agisse, par exemple, du Tiers monde, du "public", ou de l'enfant dans le couple. Cela vaut, donc, au quotidien comme au politique.

J'ai à peine soulevé le voile des gigantesques problèmes éthiques qui sont laissés pour compte, tant par les experts que par les forces idéologiques qui mènent le monde actuel. Et je ne vois pas comment on peut prétendre en arriver à de savantes et pertinentes codifications avec une si pauvre philosophie sociale et éthique, et aussi avec une perception aussi superficielle de la complexité de tout changement culturel important. Ce qui dérobe de beaucoup le troisième paramètre, à savoir le langage, qu'on a désigné comme référent culturel.

La profonde révolution culturelle que nous vivons, en Occident, ne se réduit pas à un changement de langage, ni même à un nouveau tri de valeurs. Dans la deuxième étape de mon exposé, je vais tenter de le démontrer, mais cette fois dans une ligne plus constructive que critique.

II VOIES DE DÉPASSEMENT

Je vais, donc, maintenant aborder les aspects positifs de ces changements culturels et historiques tels qu'assumés par une pratique sociale du droit et des droits. Encore ici, je devrai me contenter d'y aller à grands traits, tout en vous renvoyant - si intérêt il y a - à mon ouvrage récent : De quel droit? Fondements critiques et pratique sociale(1).

Qu'à peu près tout le monde soit présentement au rendez-vous des droits, ce n'est pas là un accident historique. Disons, d'abord, que le droit a été, peut-être, le pricipal axe de façonnement de la société, de la culture et de l'éthique occidentales. La civilisation a avancé au pas du droit.

Pendant un moment, la remise en cause de l'héritage culturel d'Occident a disqualifié, par voie de conséquence, le droit. Mais on s'est alors retrouvé sans aucun lien collectif de consensus minimal, sinon de cohérence.

Voici, qu'à travers l'idée ressuscitée des droits de l'homme, le droit recouvre une position centrale. Malgré ses pièges déjà signalés, ce retour au droit renoue avec notre dynamique occidentale de civilisation et exprime en même temps une nouvelle conscience post capitaliste, post marxiste. Un peu partout dans le monde, dans nos sociétés, des individus, des classes, des peuples se lèvent au nom des droits humains les plus fondamentaux. Est-ce que nous valons pour nous-mêmes dans nos batailles de fisc, de pouvoir, de canons? Est-ce que nous sommes le sujet du contrat social ou l'objet? Est-ce que nous avons seulement le droit de recevoir ou aussi le droit de "faire" dans ce contrat? Est-ce que nous pouvons y faire notre histoire, nos institutions, notre politique,

---

1. Montréal, Léméac, 1980.

notre économie? La plupart des révolutions n'ont été qu'un transfert d'objets et non avènement de nouveaux sujets humains. À ce chapitre, la révolution féminine centrée sur le "sujet humain" porte une sorte d'inédit historique qui pourrait bien retentir sur l'ensemble du contrat social.

Voilà une lame de fond qui émerge à peine. Elle passe par les expériences et les rapports humains les plus fondamentaux, les plus quotidiens. D'où l'importance capitale que va prendre le Code civil. Or, je ne suis pas sûr qu'on ait développé une pédagogie pertinente et des pratiques sociales efficaces pour assumer ces gigantesques mouvements d'en bas.

Dans une perspective constructive, je voudrais m'attarder un moment à cet aspect de la question.

Un langage, une démarche éthique, une codification ont en commun le défi de devenir une pratique sociale pertinente, cohérente et efficace. Or, y a-t-il en celle-ci des composantes dont il faut absolument tenir compte?

Prenons, d'abord, cette pratique de base qu'est le langage.

Un langage, c'est plus qu'un outil de communication, c'est inséparablement une manière particulière de s'exprimer, de sentir, de comprendre, de vivre ensemble et d'agir. Il en va de même d'une éthique ou d'une codification. Il s'agit d'en arriver à ce qu'un champ humain d'expérience trouve son expression propre, sa ligne de compréhension, son type de rapport social, sa façon d'agir sur le milieu.

La codification n'échappe pas à ces exigences de base d'une véritable pratique sociale. Il lui faut à la fois :

- une pertinence culturelle par rapport aux sensibilités profondes d'un milieu, d'une époque ;

- un cadre critique de compréhension accessible aux gens concernés ;

- une qualification sociale particulière des rapports humains. Par exemple, en relation avec les droits individuels et collectifs, en relation avec la place qu'on accorde à l'avoir, au savoir, au pouvoir dans les rapports sociaux, en relation avec certaines positions de base face à ceux qui n'ont que leur condition humaine, que leur droit.

- Enfin, une ligne privilégiée d'action, de pratique, de projet. C'est la dimension économico-politique. On nomme, on codifie difficilement un terrain qu'on ne possède pas, qu'on ne maîtrise pas.

Je pourrais montrer, aussi, comment une valeur, pour être vraiment une valeur, se doit d'avoir ces quatre coordonnées, à savoir un vécu exprimé, compris, partagé et transformé ; un savoir être, penser, partager et faire.

Une foule d'exemples pourraient illustrer mon propos. J'en prends un en relation avec ce qui nous préoccupe aujourd'hui.

En Amérique du Nord et, ici, au Québec, nous avons conçu notre régime de relations de travail à partir d'une pratique sociale de négociation. Voici qu'un nouveau gouvernement de type socio-démocrate aborde les questions de travail avec une pratique sociale de législation. D'où une enfilade précipitée de législations sur tous terrains. Par exemple, celle de la santé et de la sécurité au travail, où le patronat, les syndicats et le gouvernement ont connu des débats interminables parce que, de part et d'autre, on ne portait ni le même langage, ni la même pratique, ni le même rapport social d'organisation, ni la même façon d'agir et de résoudre les problèmes. En deçà des conflits idéologiques ou d'intérêts, à peu près personne n'a identifié le problème de base qui exigeait une confrontation, sinon un nouvel arrangement des deux pratiques.

Le patronat aussi bien que les syndicats se sentaient spoliés d'une pratique de négociation qu'ils avaient appris à maîtriser. Et la législation gouvernementale dans les nouvelles déterminations du contrat de travail ne semblait pas en tenir compte.

Les limites de cette communication m'obligent à en rester à cette analyse sommaire de la pratique sociale, qu'on devra mieux intégrer au processus de codification, par delà une rationalité juridique qui n'en garde pas moins toute son importance.

Dans ce court exposé, j'ai tenté de montrer comment les trois paramètres "codification, valeurs et langage" s'inscrivaient dans le renouvellement nécessaire de l'idée même du contrat social et de la justice contractuelle, comment aussi ces trois paramètres pouvaient et devaient se retrouver dans une pratique sociale commune, non pas seulement en fonction de ses composantes essentielles, mais aussi en fonction d'une pertinence culturelle et éthique qui doit inspirer le droit lui-même, plus que l'inverse.

Qu'on n'y voie pas une sous-estimation du droit, de son rôle capital. Bien au contraire, j'ai la conviction que les hommes deviennent imprévisibles quand le droit s'affaisse ou cesse d'être un lieu cardinal de cohérence de la culture et de l'éthique, et de la société comme telle.

Mais en même temps, je m'interroge sur la montée d'un nouveau légalisme, légalisme qui, au regard de ma propre tradition spirituelle, a toujours été le frein d'une véritable maturité éthique et politique. La lettre qui tue l'esprit, quoi! Dans ma propre société, gouvernement et citoyens, progressistes et conservateurs, tous au rendez-vous de droit et des droits, ne semblent pas avoir encore soupçonné les limites de la démarche juridique, et encore moins l'importance de la qualité éthique qui la fonde.

À ce rendez-vous aussi, de nouveaux combats commencent à poindre entre des minorités qui s'affirment au nom des droits et une majorité qui réagit au nom de la loi. Tous les codes et contrats sont pris d'assaut par cette lutte, peut-être, inédite. Tout se passe comme si la longue expérience historique de prudence dans l'exercice du droit cédait peu à peu sous la force explosive d'aspirations qui ignorent le langage et la pratique de ce qui prend le temps de mûrir.

Je trouve qu'on emprunte des raccourcis trop faciles pour atteindre un objectif aussi complexe que le renouvellement du contrat social. Tout le monde risque

d'y perdre, et peut-être plus encore ceux qui, légitimement, veulent faire du droit un outil de libération. On ne fait pas n'importe quoi avec le droit et les droits. Les codificateurs nouvelle vague, eux aussi, ne sauraient l'oublier.

III CONCLUSION : NOTRE CIBLE PRINCIPALE

La codification sera toujours au coeur d'une tension entre les requêtes de cohérence juridique et les requêtes de pertinence socio-culturelle et économico-politique. Tension aussi entre le fidèle reflet d'une société pluraliste, dont l'évolution constante et surtout l'équilibre s'avèrent plus complexes qu'autrefois, d'une part, et, d'autre part, les impératifs de progrès dans la justice par le droit.

À ces tensions inhérentes à la tâche juridique s'ajoutent des inédits de civilisation, des nouvelles sensibilités culturelles, éthiques et politiques qui cherchent à s'affirmer dans notre société, au point de commander des changements structurels, y compris juridiques, plus ou moins radicaux.

À titre d'exemple, on peut se demander si l'idée même de "contrat", et non pas seulement la pratique, sont aptes a intégrer ce qu'on pourrait appeler l'affirmation et la révolte des "tiers", qui sont de plus en plus exclus d'un jeu contractuel qui se fait à deux, dans l'idéologie libérale comme dans l'idéologie socialiste.

Ce dualisme politique et juridique fait que la population, les contribuables, les usagers de services ont de moins en moins de poids, et cela jusque dans leurs droits humains les plus fondamentaux. Les tiers sont de plus en plus objets, et non sujets, hors du circuit contractuel des deux forces qui, seules, ont un véritable statut de pouvoir et de légalité. Dans quelle mesure les nouveaux recours juridiques, telle la loi récente sur le recours collectif, n'ont qu'une portée résiduelle par rapport à un cadre contractuel qui bénéficie surtout à ceux qui ont la capacité de s'inscrire dans ce jeu dualiste d'une société conçue comme un contrat social dans tous ses codes, y compris son code civil.

L'outil du "contrat", dans la mesure où celui-ci occupe une place exclusive, sinon centrale, paraît donc de plus en plus simpliste et réducteur pour assumer la structure ternaire de la plupart des champs humains de la société civile. Encore plus, risque-t-il d'être décalé face à la multidimensionnalité croissante des changements de tous ordres qui résistent à une logique dualiste. Celle-ci ramène toutes les situations au jeu de deux forces qui se disputent un pouvoir unique. Du coup, c'est réduire à l'insignifiance toute considération autre que celle du conflit de pouvoir et d'intérêt, qu'il s'agisse de considérations par elles-mêmes et non pas seulement par les forces de pouvoir qui les acceptent, les rejettent ou les disputent.

Face au défi de nouvelles synthèses sociales plus polymorphes, la codification juridique de type contractuel doit être repensée.

Je voudrais illustrer mon propos par deux exemples. Dans l'expérience juridique, nous connaissons déjà des démarches originales de ce type. Le rôle du jury dans le procès montre la possibilité d'en arriver à des structures ternaires. Le juge incarne l'autorité de la loi, deux parties s'affrontent et le jury représente, de multiple façon, ce troisième terme humain qui manque souvent à une justice trop exclusivement contractuelle.

Faut-il rappeler, en terminant, que l'intuition originelle de la démocratie a bien saisi la structure ternaire de la socialité humaine, en distinguant les trois pouvoirs dans sa codification politique et dans son éthique de base?

M. Maurice Tancelin :

Je remercie monsieur Grand'Maison pour sa communication qui nous donne un son de cloche tout à fait différent de celui des trois communications que nous avons entendues précédemment.

De ces quatre rapports si différents, nous avons vu que deux problèmes émergeaient, dans l'ordre où les problèmes vous ont été présentés, sous l'angle juridique d'abord, et avec un point de vue para-juridique ensuite. Le premier problème, c'est celui du choix du mode législatif. La codification étant une branche de l'alternative, vous avez remarqué que la question du choix

entre la voie législative et la voie jurisprudentielle n'a pas été soulevée cet après-midi. Par conséquent, nous considérons que dans les systèmes codifiés, cette question-là est réglée. Nous savons très bien que la voie jurisprudentielle n'est pas exclue, mais ne fait pas l'objet de notre débat. Donc, pour ce qui est du problème de la technique juridique, vous avez une question, c'est celle de savoir quel est le meilleur mode législatif pour régler le problème de la justice contractuelle dans le droit contemporain. Est-ce la codification ou est-ce la voie des législations spéciales?

Et vous avez également un deuxième ordre de questions qui, dans l'ordre chronologique, vous ont été posées. Il s'agit de savoir si la justice contractuelle est un problème qui a une solution technique ou si ce n'est pas plutôt un problème qui a une solution non technique, donc extra-juridique. Si vous admettez une identité entre technique et juridique dans notre discussion, est-ce que la question de la justice contractuelle n'est pas une question qui devrait donner lieu, d'abord, à une discussion de fond sur ce qu'est la justice contractuelle avant de s'interroger sur la méthode, sur la technique?

Alors, préférez-vous discuter, puisque c'est vous qui avez la parole, sur le premier ordre de questions concernant la technique juridique, ou bien préférez-vous la discussion sur le problème des valeurs? Est-ce qu'on doit, à votre avis, poser la question des valeurs avant de poser la question des langages, des méthodes? Voilà l'alternative qui est remise entre vos mains.

M. Ejan Mackaay :

Il me semble que, même dans ce cas précis, il y a lieu de commencer à s'interroger sur les valeurs, sur le fond, avant de choisir la forme. Il y a peut-être des circonstances où la discussion sur le fond est tellement complexe qu'il vaut peut-être mieux commencer par la question sur la forme, quitte à s'interroger implicitement, dans le processus pour régler le problème de forme et à se prononcer, lors de ce processus, sur le fond. Mais je pense, qu'ici, ce n'est peut-être pas le cas.

Maintenant, sur la question du fond, donc des valeurs, l'interrogation qui m'est venue en écoutant les conférenciers que j'ai trouvés tous excellents, c'est à propos d'une remarque de monsieur Ghestin qui, je crois,

voudrait nous ramener, comme véritable fondement de la problématique dont nous avons parlé aujourd'hui, à la justice contractuelle, à l'équilibre entre les prestations, à l'équivalece des valeurs. Alors, ce critère permet-il vraiment de résoudre la question? On dira : quand y a-t-il équivalence entre les valeurs? On se dit : renseignons-nous chez l'économiste, parce que l'économiste est typiquement l'homme qui s'interroge sur ce type de questions. Que dit l'économiste? Il dit : je n'ai pas à vous donner de critère absolu. On a essayé, dans l'histoire, de déterminer la valeur d'une chose, par exemple, en déterminant les ressources qui ont servi à la produire. On s'est vite aperçu que cela ne tenait pas. Rappelez-vous, par exemple, que le prix du pétrole a énormément augmenté, peut-être parce qu'il y a un marché très curieux, un monopole, un cartel qui est en train d'orienter les prix d'une façon curieuse ; mais peut-être, aussi, parce que notre conception de la rareté relative du pétrole a changé. Enfin, c'est ce genre de difficultés qui amène les économistes à dire : le seul critère que nous pouvons suggérer pour déterminer la valeur d'une chose, c'est le critère d'un échange librement consenti. Ce qui veut dire que si vous vous demandez s'il y a équivalence entre les prestations, il faudrait, au fond, pouvoir trouver un critère de référence, un bench mark, comme disent les Anglais, sous forme d'un marché qui fonctionne raisonnablement bien sur des biens semblables.

J'ai l'impression que dans beaucoup de situations où des problèmes de justice contractuelle se posent, justement, ce critère de référence est absent ou est difficile à établir. Ce qui nous amènerait, donc, à dire que c'est le juge qui, par un sens intuitif de justice, va juger ce que vaut un bien et qui va, donc, pouvoir constater s'il y a, oui ou non, équivalence. Alors, cette solution soulève deux objections : d'abord, si l'on élargit le domaine dans lequel on demande à un fonctionnaire, - parce que le juge est malgré tout un fonctionnaire -, de déterminer, pour nous, ce que vaut quelque chose que nous avons vendu, acheté, ou sur lequel nous avons fait un autre contrat, n'est-ce pas introduire dans notre vie un élément accru de paternalisme? Et alors, si j'ai bien écouté monsieur Grand'Maison, j'ai l'impression qu'il se plaint, surtout, d'un phénomène croissant de paternalisme. On a constamment l'impression que l'on ne peut pas laisser les citoyens à leurs propres moyens, peut-être à raison; mais de toute façon, on ne les laisse pas à leurs propres moyens : l'État intervient, le juge intervient et l'on a un sentiment, d'une part, d'aliénation, d'autre part, de paternalisme. Donc, ce n'est peut-être pas le choix à suivre.

Ensuite, je pense que le droit civil, du moins le rôle du juge à l'intérieur du droit civil, ne vise pas généralement la redistribution, comme disent les économistes, des richesses. Le juge, par exemple, ne donne pas raison à une partie parce qu'elle est moins riche que l'autre ; ce n'est pas un critère qu'il considère. Il considère strictement des critères différents.

Cela m'amène à dire que le déséquilibre des prestations, comme critère de base, est du sable mouvant; ce qui nous amène, alors, à nous interroger sur le côté subjectif de cette justice contractuelle. Et de dire que si nous n'avons pas, au fond, d'autres critères d'équilibre des prestations qu'un échange librement consenti, peut-on, néanmoins, s'interroger sur les circonstances dans lesquelles on peut présumer que le consentement ne sera pas librement formé? Formulée de cette façon, la question donne prise à des recherches par des psychologues qui nous disent, par exemple, que du moment que surgit un problème qui implique des petites probabilités, des problèmes d'une certaine complexité, les gens vont systématiquement se tromper. Il est reconnu traditionnellement que si les gens se trouvent sous pression, ils sont incapables de former correctement leur volonté.

Est-ce à dire que dans ces situations on peut présumer que la volonté, donc le consentement, ne peut pas se former convenablement? Est-ce que nous pouvons, par là, rétablir une justice contractuelle? Là encore, le problème se pose : le juge qui intervient et qui constate que le consentement est violé, que va-t-il faire, comment va-t-il corriger? Que va-t-il utiliser comme critère de référence? Dans certains cas, on peut présumer, - dans le cas du consommateur, qui, par hypothèse, ne peut pas convenablement formuler sa volonté à l'égard d'un contrat d'adhésion -, que, peut-être, s'il y a un groupe de consommateurs qui a négocié avec un groupe de commerçants, on aura ce critère de référence. Mais dans d'autres cas, si cela est absent, que va-t-on donner comme conseil au juge? À quoi le juge va-t-il se référer? Parce que, si on ne lui donne pas de critère, si on lui dit : il est bien vrai que le consentement n'est pas bien réalisé, mais corrigez-le, parce qu'on ne veut pas simplement annuler les contrats, le même problème se reposerait. Et si l'on ne donne pas d'autres critères, le juge va se servir de son intuition et nous retombons, donc, dans un problème de paternalisme. Alors, le paternalisme, - quand on le regarde sous toutes ses formes, l'État, les juges, etc. -, amène les types d'insatisfaction que monsieur Grand'Maison a bien soulevés. Alors, la question que je vous pose, si nous voulons faire la justice contractuelle, - et je

crois que nous pressentons intuitivement qu'il y a de la correction à faire -, est-ce que nous avons réellement des critères qui nous permettent de le faire sans tomber dans toutes sortes d'autres excès dont on décrit déjà l'incidence?

M. Maurice Tancelin :

Je donne la parole à monsieur Ghestin s'il veut répondre à la question de savoir si l'on donne au juge des références, des critères pour résoudre ce problème de justice contractuelle.

M. Jacques Ghestin :

La question de la lésion et de la valeur des choses est, comme l'a remarquablement montré l'exposé du professeur Litvinoff, l'une des questions les plus difficiles du droit, et cela depuis toujours. Je crois que c'est un problème particulièrement difficile, parce qu'il n'y a pas de valeur objective directement saisissable. J'en donnerai un exemple que j'ai connu à l'occasion d'une consultation qu'on m'avait demandée concernant la vente d'un terrain dans lequel était exploité un gisement, gisement de silices, si j'ai bonne mémoire. Le vendeur qui demandait la nullité pour lésion faisait intervenir des calculs faits par de savants professeurs d'économie ou de gestion montrant qu'en actualisant la valeur des matériaux à extraire du terrain, l'on aboutissait fatalement à des prix qui, d'ailleurs, figuraient sur une courbe et qui représentaient selon la durée d'exploitation, trois, quatre, cinq, dix fois le prix de vente. Seulement, ce même vendeur venait lui-même d'acheter les terrains et il les avait achetés deux fois moins chers qu'il ne les revendait. D'autre part, c'était un entrepreneur particulièrement au courant et, en conséquence, il y avait peu de chances que le consentement ait été vicié.

Et c'est alors que l'on s'aperçoit qu'il est extrêmement difficile de se fier uniquement à une appréciation objective de la lésion, de même qu'il est extrêmement difficile de se fier uniquement à une appréciation purement subjective. En fait, quand on considère une lésion, on examine la valeur objective de la chose et en même temps si l'appréciation qu'a portée sur cette valeur l'intéressé était correcte, si son consentement était suffisamment libre, éclairé et réfléchi. Et l'on s'aperçoit que dans tous les systèmes juridiques, si je ne me trompe, il y a derrière l'idée de lésion, et son complément naturel, les vices du consentement, un mélange,

avec un accent qui est mis plutôt sur l'aspect objectif ou plutôt sur l'aspect subjectif, mais jamais on ne prend l'aspect objectif ou l'aspect subjectif à l'état pur. Dans les vices du consentement, on tient compte d'une lésion, et dans la lésion, on tient compte du consentement. De telle sorte que l'objection selon laquelle il n'y aurait pas de possibilité de déterminer une valeur objective ne tient pas véritablement au regard du juriste. Il y a à considérer une certaine situation et à l'apprécier au regard des textes et au regard du principe supérieur de justice. Dans l'exemple que je vous ai donné, la solution peut paraître assez évidente.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Ghestin. Vous voulez répondre monsieur Mackaay?

M. Ejan Mackaay :

Si je vous comprends bien, vous dites que quand on compose, quand on met ensemble deux critères qui sont imparfaits, il en résulte quelque chose qui est opérationnel. Il me semble que c'est un contresens.

M. Maurice Tancelin :

Alors voilà une objection à la réponse. Maintenant, y a-t-il dans la salle quelqu'un qui a une solution à ce problème qui se pose à nous? Voilà des critères qui ne sont pas clairement donnés au juge. Alors, si le droit ne donne pas de critères au juge, où va-t-il les chercher? Quelqu'un a-t-il une solution? Non pas une solution mais, du moins, une idée à ce sujet.

M. Saul Litvinoff :

À mon avis, le problème réside dans le fait qu'une fois la règle formulée, elle devient un précepte et que ce précepte, par déduction logique, peut venir déterminer la conduite future. Lorsque la collectivité connaît le risque d'une telle règle, cette règle est prise en considération chaque fois que l'on fait des plans pour l'avenir. Je reconnais que, lorsque vient le temps d'écrire, de rédiger une règle, il devient extrêmement difficile d'apporter des critères objectifs.

J'ai eu l'occasion d'acquérir de l'expérience dans cette matière, ayant passé beaucoup de temps à en discuter avec des juges, des avocats, des professeurs de droit, essayant de les convaincre qu'il ne devrait pas y avoir de lésion outre-moitié ou des sept douzièmes parce que cela n'a aucun sens. Le juge doit être libre. Et le meilleur argument que je pouvais apporter était de citer l'exemple très intéressant, aux États-Unis, de la Commercial impracticability, c'est-à-dire la "notion de ce qui ne peut se réaliser" que l'on retrouve à l'article 2, paragraphe 6.15 du Uniform Commercial Code.

À la publication de ce Code, on n'y trouvait aucune ligne de conduite objective sur la signification du terme impracticability, ce qui faisait que chaque contrat pouvait être contesté, parce que chaque fois l'on pouvait crier à l'impracticability, et on ne pouvait savoir ce que le tribunal déciderait. J'ai fait de nombreuses recherches dans la jurisprudence américaine et, jusqu'à maintenant, j'ai trouvé seulement deux décisions sur l'impracticability, malgré les 35 ans d'existence de cette règle. Ce qui veut dire que pour des marchands, la notion d'impracticability est comme un drapeau rouge qui signifie danger et que, par conséquent, ils ont décidé depuis l'adoption de cette règle, d'être plus équitables dans leurs opérations futures. Je suis d'avis qu'un tel résultat est le témoignage d'un immense succès social, et je suis d'accord pour l'élimination de critères objectifs qui ne seraient pas aussi efficaces que ceux cités par monsieur Ghestin, si l'on peut obtenir un résultat aussi positif.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Litvinoff. Est-ce que quelqu'un veut ajouter quelque chose sur les difficultés de trouver des critères objectifs à indiquer au juge? Finalement, on revient vers le procédé jurisprudentiel que l'on avait cru résolu.

M. Walter van Gerven :

Je me demande si la question qui a été posée par monsieur MacKaay ne fait pas surgir le problème de la lésion qualifiée. La lésion qualifiée, selon le droit belge, et je crois aussi selon le droit français, exige deux conditions : la condition des déséquilibres entre les prestations contractuelles d'une part, et, d'autre part, l'exploitation des faiblesses de l'autre partie contractante. J'ai l'impression que la remarque qui a été

formulée par monsieur Mackaay indique qu'il faut déplacer l'accent de l'égalité entre les prestations contractuelles vers le problème de l'égalité entre les parties contractantes. Et, qu'au lieu de mesurer le poids de chaque prestation contractuelle, il faut mesurer l'égalité des parties au moment où elles concluent le contrat. Si elles sont égales, il ne faut pas intervenir. Si elles ne sont pas égales, il faut intervenir. Je crois que c'est la tendance vers laquelle s'oriente le droit néerlandais.

M. Maurice Tancelin :

Maintenant, si on mesure l'égalité des parties, est-ce que l'on n'est pas en train d'abandonner les bases du principe libéral qui régit notre droit? Si l'on abandonne le principe de l'égalité des parties que l'on semble maintenant mettre en cause, est-ce que l'on ne va pas complètement transformer notre droit? À ce moment-là, quelles sont les nouvelles valeurs qui apparaissent à l'horizon?

M. Louis Perret :

Je pense que la notion de lésion, telle qu'elle existe à l'article 8 de la nouvelle Loi sur la protection du consommateur(1) du Québec, revêt deux aspects: le premier, le déséquilibre entre les prestations réciproques des parties, qui équivaut à l'exploitation,et le deuxième est le caractère trop lourd de l'engagement en rapport aux moyens de la partie qui s'est engagée. Autrement dit, c'est une sorte de lésion que l'on connaît déjà dans le cas d'un mineur. Je pense que ce sont ces deux notions de lésion qui existent à l'article 8. Alors, cela va peut-être répondre à la question de la valeur, et surtout du déséquilibre et de l'exploitation.

M. Ejan Mackaay :

Je sais bien que la loi québécoise essaie d'autres types de tests. La question que je me pose, et que j'aimerais vous poser, est la suivante. Les tests objectifs présentent des difficultés, même au plan conceptuel, qui se traduisent par des problèmes pratiques. On s'oriente alors vers le test subjectif. Lorsqu'il y a une égalité approximative entre les parties, il n'y a pas de problèmes. Personne ne doute de cela. La question est :

---

1. L.R.Q. chap. P-40 ; L.Q. 1978, chap. 9.

s'il y a inégalité, dans quels cas va-t-on intervenir? Comment va-t-on intervenir? Parce qu'il faut, là aussi, avoir des critères, et si l'on n'a pas de critères, c'est l'intuition du juge qui prévaut et cela va aboutir au paternalisme. Et là, on va rencontrer les difficultés que monsieur Grand'Maison a signalées. C'est ce danger-là que l'on doit résoudre. Dans les solutions par lesquelles nous voulons instituer la justice contractuelle, devant des difficultés nouvelles qui nous sont posées par des conditions économiques, par la technologie, et la richesse, collective et individuelle, changées, et qui amènent la nécessité de rétablir la justice contractuelle, comment éviter que, dans le choix des moyens, nous aboutissions presque inévitablement, à un accroissement du paternalisme que le système incorpore déjà?

M. Louis Perret :

Je conçois très bien qu'il va falloir analyser la valeur de la chose, mais la valeur s'analyse surtout en valeur relative, une prestation par rapport à l'autre. On regarde s'il y a déséquilibre ou non ; si le déséquilibre est tel que, compte tenu de toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, on se rend compte qu'il y a eu une exploitation, à ce moment-là, on considère qu'il y a lésion. Quant à savoir qui va la mettre en oeuvre, il s'agit d'un ordre public de protection qui ne peut être invoqué, pour reprendre les termes de monsieur Ghestin, que par la partie lésée et qui, c'est un fait nouveau, n'est pas forcément sanctionné par la nullité. Outre la confirmation, il peut y avoir la demande de réduction des obligations, ce qui est complètement nouveau par rapport à la notion d'ordre public qui n'est pas forcément sanctionné par la nullité. C'est un moyen de protection nouveau offert par la Loi sur la protection du consommateur au Québec.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Perret. Si je comprends bien, on constate que les critères objectifs ne suffisent pas ; qu'il faut y ajouter des critères subjectifs que l'on va donner à manipuler au juge ; et alors, qui va donner au juge des indications sur la façon de manipuler ces critères subjectifs? Est-ce encore le pied du chancelier, le vieux problème qui est devant nous? À ce moment-là, si on veut faire progresser le droit, il va falloir nous dire comment on peut ne pas tout mettre sur le dos du juge. Ici, il y a peut-être des juges qui ont des opinions à émettre sur ce problème. Ils ont peut-être eu, dans leur pratique de juge, l'occasion de penser à ce qui pourrait

se faire pour ne pas tout mettre sur le dos du juge. Je crois que monsieur Ghestin veut ajouter quelques mots.

M. Jacques Ghestin:

Je voudrais très rapidement essayer de clarifier un peu la question. Je crois qu'il faut distinguer ici le but et les moyens de l'atteindre. Le but, c'est très clairement d'éviter qu'il y ait des contrats lésionnaires, c'est-à-dire des contrats dans lesquels l'une des parties reçoit moins que ce qu'elle donne. Quant aux moyens, il y a deux procédés techniques : le premier, c'est l'appréhension directe de la lésion. Seulement, comme il est difficile d'appréhender la lésion, c'est-à-dire le déséquilibre des valeurs, parce qu'il est difficile de connaître la valeur objective d'un bien, on veut avoir une certitude et c'est pourquoi on exige, par exemple dans le Code civil français, une lésion des sept douzièmes, une lésion supérieure à la moitié. Donc, une lésion d'une importance telle que l'on ait la certitude qu'il y a bien eu lésion. Et je crois que c'est l'idée de certitude qui est la plus importante.

Maintenant, à défaut de certitude, il y a une deuxième façon pour le juge d'appréhender la question : c'est de se tourner du côté du consentement, de rechercher si le consentement, qui est normalement le moyen de défense de chaque individu, - un individu ne donne son consentement que s'il pense que son intérêt n'est pas lésé, autrement, il serait fou ou inconscient - a véritablement joué son rôle normal. Dans la théorie classique, c'est la théorie des vices du consentement, et avec les idées plus nouvelles de protection, on va faire intervenir la prise en considération de l'inégalité d'une partie. Traditionnellement, c'était le mineur ; aujourd'hui, on considère un peu le consommateur comme un mineur, ou bien on fera intervenir l'information insuffisante, ce qui est une autre façon de tenir compte de l'inégalité. Mais dans tous ces cas, ce que l'on va vérifier, c'est la qualité du consentement.

Donc, il y a deux démarches possibles : certitude de l'inégalité de valeurs ou bien rechercher du côté du consentement. Et quoi qu'ait dit mon collègue à ce sujet, je ne pense pas qu'il y ait de contradiction ni d'incohérence dans ces deux démarches qui ne sont pas contradictoires mais simplement complémentaires.

M. Louis Perret :

Vous permettrez que j'apporte une petite précision. Au Québec, la notion de lésion est incluse dans les conditions ou se rapporte, plutôt, au consentement. Les articles 8 et 9 de la Loi sur la protection du consommateur sont clairs à cet égard et le Projet de réforme du Code civil, qui prévoit aussi la notion de lésion, la place dans le consentement. Donc, cela va parfaitement dans la ligne de l'exposé de monsieur Ghestin.

M. Maurice Tancelin:

Je voudrais essayer de résumer le débat qui vient de prendre place ici en citant un court extrait d'une intervention dans un colloque qui s'est tenu en Ontario sur Unconscionability in Contract Law, donc exactement le même problème que la justice contractuelle. Monsieur Arthur Leff déclarait, et ses propos sont rapportés dans la Revue canadienne de droit du commerce (Canadian Business L.J.) : "We want simultaneously market efficiency and non exploitative market results ; we cannot have both at the same time"(1). Qu'est-ce que vous en pensez? Car finalement, cette jonction des critères objectifs et subjectifs a bien pour effet de concilier des choses qui sont apparemment difficiles à concilier entre le fonctionnement efficace du marché dans une société capitaliste et l'assurance qu'avec des règles de fonctionnement ainsi fondées, on n'aura quand même pas les résultats aboutissant à de l'"exploitation". Alors maintenant, je crois que la question est de savoir si l'on peut avoir tout cela ensemble ou s'il faut choisir?

M. Pierre Boileau :

Pour répondre à l'objection du professeur Mackaay, je me demande dans quelle mesure on ne peut pas avoir effectivement les deux résultats tout en évitant ce qu'il appelle du paternalisme. Ou enfin, dans certains domaines où l'on généralise l'arbitrage par des pairs, comme dans le commerce international, est-ce que l'on n'élimine pas, en partie, ce que le professeur MacKaay appelle du paternalisme? Enfin, si, comme l'un des conférenciers le suggérait, le but ultime des règles

---

1. "Thomist Unconscionability in 9th Workshop on Consumer and Commercial Law", 4 (1979-80) Rev. can. de droit du commerce, 424.

de droit ainsi formulées est d'obtenir un bon comportement de la part des commerçants ou de la part des participants au marché, est-ce que l'application par arbitrage des pairs ne réalise pas cette solution en évitant l'aspect purement paternaliste d'un fonctionnaire d'État? Alors ce sont justement les participants au marché qui, non seulement se disciplinent eux-mêmes en regard à la règle, mais qui, lorsqu'il y a des manquements présumés ou allégués, disciplinent la profession. Je pense qu'il y aurait, peut-être, une possibilité d'élimination ou de réduction du paternalisme par une généralisation, dans les cas qui s'y prêtent, d'arbitrage par des pairs ou par des intervenants dans le marché consommé.

M. Maurice Tancelin :

Quelqu'un voudrait intervenir? Monsieur Kötz?

M. Hein Kötz :

J'aimerais intervenir sur les propos de monsieur Leff lorsqu'il a dit "vous ne pouvez avoir le gâteau et le manger" et vous ne pouvez avoir l'efficacité du marché et, en même temps, prévenir l'exploitation de la partie la plus faible. Je crois que monsieur Leff a entièrement raison. Il nous faut sacrifier l'efficacité du marché dans un nombre limité de cas où nous classons la prévention de l'exploitation à un rang plus élevé que l'efficacité du marché.

Le problème est de définir la situation dans laquelle nous sacrifions l'efficacité du marché. Je crois que la réponse se trouve dans la doctrine de la lésion dans certains systèmes juridiques. La réponse, dans le droit allemand, est plus ou moins identique à ce qui se trouve dans le Projet de Code civil québécois. Il existe deux tests : le test objectif, où il doit y avoir un déséquilibre draconien entre les deux prestations et le second, le test subjectif, où l'une des parties doit avoir exploité l'inexpérience, le manque de volonté, par exemple, de l'autre partie.

En Allemagne, il y a eu des suggestions à l'effet de laisser tomber les tests subjectifs et d'instaurer la règle suivante : dès qu'il existe un déséquilibre draconien, cela devrait suffire pour rejeter le contrat. Mais je ne crois pas que ces propositions puissent avoir du succès, parce qu'il existe un grand nombre de cas où deux parties, possédant à peu près les

mêmes pouvoirs de négociation, ont passé un contrat qui, finalement, s'avère désavantageux pour l'une des parties. Ce motif ne devrait pas être une raison valable pour rejeter le contrat. Il doit y avoir un facteur additionnel : la preuve qu'une des deux parties est plus faible. Je ne crois pas que l'on doive éliminer les tests subjectifs, même si cela laisse nécessairement une grande discrétion judiciaire,mais cela ne peut être évité.

M. Maurice Tancelin :

Quelqu'un veut-il élaborer sur ce point?

M. Louis Perret :

Je voudrais élaborer sur un point. Quoi de plus subjectif que l'appréciation de l'erreur, qui est pourtant la base que l'on doit éviter pour que le consentement soit donné validement. La lésion est une notion qui peut être subjective mais il y a quand même certains critères : le déséquilibre, qui a un certain caractère objectif.

M. Hein Kötz :

Laissez-moi vous donner un exemple. Nous avons plusieurs cas, en Allemagne, où des gens ont emprunté de l'argent en vertu d'un contrat portant un taux d'intérêt très élevé. Il existe une jurisprudence constante en ce qui concerne le taux d'intérêt admissible. Cela fournit le point de départ devant tous les tribunaux inférieurs, qui savent très bien jusqu'à quel point les taux d'intérêt peuvent augmenter. Mais cela ne suffit pas pour annuler le contrat. On doit fournir la preuve que l'emprunteur était dans une position très difficile, qui l'empêchait d'aller emprunter sur d'autres marchés et négocier ainsi un taux d'intérêt plus bas.

M. Louis Perret :

Il en est de même au Québec avec l'article 1040c du Code civil qui prévoit qu'il peut y avoir un contrat de prêt dans la mesure où, compte tenu des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu, il devient exorbitant ou abusif pour une des parties ; cela permet au juge d'en réduire le montant ou bien d'en déclarer la nullité et cela, à la demande de la partie qui s'estime lésée. Donc la notion de lésion dans des

contrats de prêt se trouve dans le Code civil et non pas dans la Loi sur la protection du consommateur.

M. Hein Kötz :

Il n'existe pas pour un juge en Allemagne de pouvoir de réduction. Il doit annuler le contrat en entier et il n'appartient pas au juge de passer le contrat pour les parties. Si le contrat ne répond pas aux conditions établies, il doit être annulé. Il n'appartient pas au juge de corriger les défectuosités et d'inventer un contrat satisfaisant. Voici la position qui existe en Allemagne.

M. Louis Perret :

En fait, cette notion de réduction des obligations, qui est la sanction d'une règle d'ordre public de protection, est quelque chose de nouveau apporté par la nouvelle Loi sur la protection du consommateur au Québec. Alors c'est justement la sanction d'une règle d'ordre public sanctionnée de nullité relative ; l'ordre public n'est pas forcément sanctionné de nullité absolue ; il est maintenant de nullité relative, il permet donc à l'une des parties, ainsi que l'a exposé monsieur Ghestin, soit de confirmer la règle mais aussi, et cela est nouveau, de demander au juge de réduire les obligations. Ces dispositions-là sont également contenues dans le Projet de réforme du Code civil du Québec.

M. Jacques Grand'Maison :

Je voudrais simplement poser une petite question. Il s'agit du rapport entre les données subjectives et les données objectives. Cela peut être très réducteur de parler de données subjectives. La dimension proprement éthique résistera toujours aux rationalités, qu'elles soient juridiques ou économiques.

Qu'est-ce que l'on fait dans une société? Vous parliez, tout à l'heure, des taux d'intérêt dans le cas d'emprunts où vous n'avez plus de repère d'ordre éthique. Un des aspects de l'inflation, c'est que vous n'avez plus de proportion. Vous n'avez plus de référence; sur quelle base vous appuyez-vous pour poser votre jugement? Et à ce moment-là, et je ne me situe pas seulement comme éthicien, mes amis économistes me disent : le seul consensus que nous avons, nous, les économistes, en ce moment, à propos de l'inflation, c'est que nous n'y

comprenons rien et que nous ne savons pas ce qui arrivera. Nous n'avons pas de référence. Que faites-vous dans une société où vous avez à poser des jugements, même au plan de la réalité économique concrète, et où vous avez de moins en moins de référence? Est-ce une question de langue?

M. Maurice Tancelin :

Est-ce une question de langue de savoir ce qu'est la justice contractuelle en période d'inflation? Non? Je vous pose la question. Où est la justice contractuelle en période d'inflation? Comment va-t-on l'obtenir?

M. Ejan Mackaay :

Je veux bien croire monsieur Grand'Maison lorsqu'il rapporte que les économistes n'y comprennent plus rien. Ils disent avoir l'impression que l'inflation est un jeu qui fonctionne de la façon suivante : vous connaissez ce jeu, lorsque nous étions petits... Il y avait onze enfants dans un cercle et il y avait dix sièges. La question était : qui n'aura pas de siège? Alors tout le monde s'arrange pour ne pas être le dernier, parce que le diable l'emporte. La question est : comment éviter ce jeu? Et ce jeu est permanent. Cela pose évidemment tout un problème de justice contractuelle. Par quels moyens a-t-on le droit de pousser l'autre enfant en bas de sa chaise? Est-ce que l'on peut faire des accords implicites entre les groupes en disant : "même si l'on a dix sièges, on peut peut-être céder une dizaine de sièges, de sorte que tout le monde peut s'asseoir quand même". Mais je pense que l'inflation nous pose un problème énorme qui dépasse certainement le cadre de nos règles techniques, un problème qui se situe presque au niveau du contrat social.

Je voudrais faire aussi une observation qui fait suite à l'analyse remarquable d'Arthur Leff au colloque du professeur Ziegel à Toronto(1). Il faisait valoir que du moment que vous entrez, pour ce qui est de la lésion, dans les considérations subjectives, vous êtes devant le dilemme suivant : ou bien, vous pouvez régler les problèmes avec les vices du consentement classiques, en les élargissant un petit peu, ou bien vous tombez dans les critères vraiment difficiles à définir pour le juge.

---

1. Précité, supra, p. 342.

Ce qu'il y avait d'intéressant dans ce colloque, c'est que, par la suite, le professeur Trebilcock(2) faisait l'analyse d'une décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Macaulby v. Schroeder : Publishing Co. Ltd(3), qui portait sur le problème suivant il y avait un jeune compositeur de chansons qui avait signé un contrat pour sa première publication, par lequel il s'engageait pendant dix ans à n'écrire des chansons que pour la compagnie en question et pour une rémunération fort modeste. Et alors la Chambre des Lords était arrivée à la conclusion que c'était unconscionable et, par conséquent le contrat a été cassé. Le problème qui se pose, ici, est de savoir en vertu de quelles règles on peut conclure que les parties étaient inégales. Alors, Trebilcock rentre dans les considérations habituelles des économistes.

Il se demande d'abord si la compagnie en question avait une sorte de monopole. Or objectivement, il était clair qu'il n'y en avait pas. En Angleterre et aux États-Unis, il y a des centaines de compagnies qui offrent ce genre de contrat. On ne peut, donc, pas croire qu'il n'existe pas une concurrence sur les clauses en question. Est-ce que le chansonnier n'avait pas compris ce qu'il faisait? Là encore, il y a lieu de croire que ce n'était pas le cas. Je pense qu'il avait négocié avec plusieurs compagnies et avait accepté l'offre la plus alléchante.

Ce sont donc les conditions normales d'une négociation. Si les parties réalisent le contrat, il faut croire que les deux y trouvent leur intérêt. Normalement, l'économiste ne peut nous suggérer de meilleur critère.

Pourtant, on semblait choqué. Et le problème est : comment peut-on intervenir? Va-t-on dire, si l'on constate ce type de clause, on ne peut en faire pour plus que cinq ans, par exemple, ou au moins, il faut une rémunération minimale de telle somme? Qu'on envisage la question au niveau du juge ou du législateur, le problème se pose de la même façon. Ce qu'il y a d'important à retenir, c'est que l'effet de la restriction qu'on va

---

2. L'auteur reprend la thèse développée dans "The inequality of Bargaining Power : Post-Benthamite Economics in the House of Lords", (1976) 26 U. of T. L.J. 359.

3. [1974] 1 W.L.R. 1308 (H.L.)

apporter est la suivante : vous allez mieux rémunérer ceux qui peuvent signer leur contrat, ce qui est alors moins intéressant pour la compagnie qui signe, parce que sur les 100 chanteurs qui signent, il y en a peut-être un qui va avoir du succès. Sous le régime actuel, celui-ci, pendant les dix ans où il n'est pas bien rémunéré, paie pour les autres. Ce qui veut dire que si vous restreignez le choix, le résultat est que la compagnie ne signera qu'avec dix chanteurs et que les 90 autres, à qui elle aurait donné une chance dans l'hypothèse antérieure, sont écartés.

C'est là que vous posez un jugement social. La question est : comment va-t-on agir? Est-ce au législateur d'agir? Par quel critère se laissera-t-il guider? Les parlementaires sont-ils conscients de ce type d'implication de leur choix? Est-ce que l'on ne verse pas dans le problème qu'a signalé monsieur Grand'Maison, en s'autorisant ce type de choix, comme parlementaire? Je me pose ces questions que je vous soumets.

M. Maurice Tancelin :

Sur ce point, monsieur Ghestin voudrait répondre.

M. Jacques Ghestin :

Oui, cette question précise qui est posée, concernant des contrats passés entre des chanteurs ou des auteurs avec des maisons d'édition, se trouve résolue en France par un article de la Loi sur la propriété littéraire et artistique de 1957. En vertu de cette disposition, lorsque les profits réels, qui sont tirés de l'exploitation d'une oeuvre, sont nettement supérieurs à un chiffre, que je n'ai pas en tête, mais peu importe, - il y a un chiffre pour la lésion -, sont nettement supérieurs aux redevances payées par la maison d'édition à l'auteur, celui-ci peut demander la révision du contrat. Donc la question est réglée. Et ce qui est intéressant dans cet exemple, c'est qu'il nous permet de voir qu'il y a, en réalité, deux notions distinctes : celle de lésion au sens technique et précis du terme et celle d'imprévision. En fait, ce que l'on répare, à travers la loi française, et ce qui a, peut-être, été réparé dans l'exemple qui vient d'être donné, c'est l'imprévision de l'auteur qui n'a pas imaginé le succès qu'il allait avoir et les revenus qui seraient ainsi obtenus par ses chansons ou par ses oeuvres, ce qui se passe plus tard, alors que

la lésion, au sens technique, consiste à apprécier une valeur instantanée et non pas une valeur qui se prolonge dans le temps.

Normalement, tout au moins en droit français, on n'admet pas la révision pour imprévision. Seulement, dans le cas particulier, on l'admet parce qu'il n'y a pas de référence au marché qui soit possible, puisque toutes les maisons d'édition proposent les mêmes conditions, tout au moins les mêmes types de conditions dans la même gamme de valeurs. Et, d'autre part, parce que l'on considère que l'auteur, du moins à ses débuts, est tenu par un véritable état de nécessité. Il faut bien qu'il trouve quelqu'un pour acheter une marchandise qui, actuellement, ne vaut pas grand-chose et dont personne ne peut savoir ce qu'elle vaudra exactement par la suite, d'où la prise en considération exceptionnelle de l'imprévision. Mais encore une fois, l'imprévision ce n'est pas la lésion au sens le plus technique, le plus étroit du terme.

M. Maurice Tancelin :

Je vous remercie monsieur Ghestin.

M. Arthur Hartkamp :

J'aurais souhaité prendre part à la discussion un peu plus tôt, sur la citation d'Arthur Leff, lorsque l'on a posé la question suivante : la protection de la partie la plus faible, la lésion, etc., peuvent-elles être reliées à une économie efficace du marché?

J'aimerais vous faire part d'une expérience vécue, à ce sujet, aux Pays-Bas. A mon avis, l'auteur ne pensait pas à la lésion, dans le sens où nous l'entendons, c'est-à-dire dans le sens de l'influence subie par la partie la plus faible qui vend sa maison, par exemple, à une personne qui est plus experte qu'elle dans le domaine commercial.

Je pense que la question est très pertinente dans le cas de contrats écrits sur des formulaires types. Il y a eu et il y aura encore, régulièrement, des transactions effectuées sur ces contrats-types, de manière à ne pas nuire à l'efficacité du marché.

D'autre part, il y a la nécessité de protéger le consommateur, c'est-à-dire la partie la plus faible.

Je crois, dans ce cas, que l'on doit restaurer la justice contractuelle de deux façons : soit en affaiblissant la partie la plus forte ou en affermissant la partie la plus faible. C'est de cette manière que le législateur néerlandais entend forcer le développement social. Je réfère ici à ce que disait le professeur Litvinoff sur la fonction préventive de la loi. Nous avons présenté un projet de loi relatif aux contrats écrits sur des formulaires types, qui doit faire partie du droit général des obligations, et l'on a fixé des dispositions particulières dans le cas d'associations qui passent des contrats.

Ainsi, dans cette loi, environ 30 clauses portant sur les conditions générales seront écartées. Les associations de consommateurs, les associations de détaillants et les petits commerçants peuvent demander une injonction en ce qui concerne d'autres clauses.

D'autre part, si une association de consommateurs ou de détaillants passe un contrat avec une association de fabricants ou de grossistes, ce contrat-cadre est non seulement en règle selon la loi, mais, de plus, un particulier qui passe un contrat individuel avec une association, conformément à de telles ententes générales n'a plus le droit d'invoquer l'irrecevabilité des clauses du contrat à l'encontre de l'autre partie.

Par conséquent, je dirais que dans notre société où, d'une part, les intérêts économiques sont monopolisés et, d'autre part, les pouvoirs des consommateurs ainsi que des petits détaillants sont affaiblis, nous voyons une raison de restaurer la justice contractuelle et la façon d'y parvenir serait de forcer le législateur à encourager les contrats collectifs.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Hartkamp. Nous avons ici un partisan de l'intervention du législateur en faveur d'une réintroduction d'une certaine forme de justice dans la législation. Voilà une suggestion. Qu'est-ce que vous en pensez?

M. Ejan Mackaay :

J'aimerais faire encore une autre remarque. Je pense que ce qui distingue le critère dont parle

monsieur Hartkamp des règles qui nous permettent simplement de rouvrir ou d'intervenir dans le contrat, comme le souligne monsieur Ghestin, c'est que si l'on a, comme point de référence, un contrat qui est librement conclu, mais entre les parties qui, par hypothèse, sont relativement égales, où il n'y a pas de défaut au niveau de la formation du consentement, il me semble que l'on pourra dire au juge : vous pouvez fort bien vous inspirer de cela, vous ne faites pas de paternalisme en disant que, dans des contrats individuels, on peut se référer à ce contrat. Alors que si l'on dit au juge : "si le profit est relativement excessif", cela lui donne un pouvoir qui n'existait pas auparavant. Cela peut nous satisfaire dans un sens, dans une première analyse. Mais jusqu'où le profit doit-il être excessif? Doit-on regarder le profit dans le contrat précis ou doit-on regarder l'exploitation générale? Si les compagnies, dans l'industrie en question, font généralement des profits qui se situent en-dessous de la moyenne industrielle, il me semble que le marché est passablement concurrentiel et qu'il est arbitraire de dire, sauf si l'on veut simplement modifier la règle du jeu, que le producteur de disques ne peut pas compenser le profit qu'il fait sur un contrat avec des pertes qu'il fait sur un autre. Il me semble que ce serait là, soit de la part du chanteur, soit de la part du juge, se substituer aux forces autonomes du marché.

On retrouve, très fondamentalement, l'idée que, malgré tout, nous n'avons pas tellement de meilleurs critères que ce que les parties ont voulu, dans la mesure où elles auront pu exprimer leur volonté. Il n'y a pas d'autre critère objectif en dehors de cela et si nous nous aventurons à en inventer, nous risquons l'arbitraire. Et je crois d'ailleurs que monsieur Leff, dans son intervention, mentionnée auparavant, a souligné notamment cette idée. Je fais abstraction des techniques précises, mais la différence essentielle, entre ce critère - c'est-à-dire un contrat quand même conclu entre un groupe et un autre groupe -, et l'intervention du juge, - dans le cas individuel qu'il juge inéquitable mais sans ce critère de référence extérieure -, est que, dans un cas, on nage dans l'incertitude alors que, dans l'autre cas, il y a au moins un consentement quelque part. Il y a une expression de volonté à laquelle on peut faire confiance.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Mackaay. Me permettez-vous de vous poser une question? Tout à l'heure vous avez dit : est-ce que le législateur doit faire le choix? Dois-je comprendre, d'après votre réponse, que le législateur ne

doit pas faire le choix? Finalement, ce sont les parties qui vont faire le choix. Ai-je bien compris ou est-ce que je me trompe?

M. Ejan Mackaay :

Pour ma part, j'aurais dit ceci : s'il existe des groupements qui peuvent nous fournir des modèles de négociations raisonnables, comme le suggère monsieur Hartkamp, je conseillerais au législateur, - et alors c'est une option personnelle -, de ne pas toucher au domaine. Si on n'a pas ce critère, le problème que je vois est qu'il faut se rendre compte des implications de nos choix. Il n'y a pas de critère objectif dans ce cas. En disant : on peut casser un contrat, parce que lésionnaire, on avertit évidemment les compagnies de ne pas écrire ce genre de contrat; on va donc faire des contrats plus raisonnables, mais cela veut dire que, sur cent personnes à qui on aurait autrement permis de publier quelque chose, désormais, on va en admettre seulement dix. Alors, qu'arrive-t-il des quatre-vingt-dix autres? Qui va décider que les quatre-vingt-dix autres n'auront pas le droit de s'essayer sur le marché? C'est ce jugement social que l'on fait. Et je voudrais que l'on se rende compte qu'il n'y a pas de critère objectif.

M. Saul Litvinoff :

J'aimerais revenir sur la question des critères objectifs. Je vous donne l'exemple d'une vieille dame de 80 ans qui vend sa ferme, son unique bien, à un consortium multinational pour quatre sous. Ce consortium y découvre du pétrole. Je puis vous assurer qu'aucun juge, dans le monde occidental, qu'il soit sous le régime du Code civil ou non, que ce Code civil contienne ou non des clauses sur la lésion, ne pourra d'aucune façon venir en aide à cette dame. Si ce cas se produisait en Louisiane, on invoquerait la notion d'abus, comme on le fait toujours. Je crois que les tribunaux français agiraient de la même façon.

Mais je vois un certain danger à garder à l'esprit l'idée de la partie la plus faible, que le tribunal ait ou non des critères objectifs. Je pense que vous connaissez tous la cause de Westinghouse. À cause de l'augmentation exagérée du prix de l'uranium, Westinghouse n'a pu effectuer la livraison d'uranium prévue et elle a été poursuivie en dommages pour la somme de six milliards de dollars. Naturellement, Westinghouse a invoqué l'article 6.15, paragraphe 2 du Uniform Commercial Code

(U.C.C.). Je suis convaincu, et vous serez d'accord avec moi, que Westinghouse ne pouvait prétendre au côté paternaliste d'un quelconque législateur. Westinghouse ne pouvait non plus s'attendre à la sympathie des gens. Mais, il demeure que le tribunal était confronté au grave problème d'obliger Westinghouse à payer les six milliards, ce qui aurait conduit cette compagnie à la faillite, et dans un tel cas, 250 000 personnes se seraient retrouvées sans travail.

Ou alors, l'autre solution était de forcer les banques à fournir l'argent nécessaire à Westinghouse pour acquitter cette dette, ce qui aurait entraîné une augmentation de l'inflation.

Toutes les parties en cause ont compris la gravité de ce problème. Finalement, il y a eu un compromis, un accord sur le montant des dommages. Il n'y a pas eu de faillite et personne n'a perdu son emploi.

Et pour conclure, je citerai Michel Foucault : "La justice arborait sûrement un large sourire".

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Litvinoff. Je crois que l'on pourrait peut-être donner le mot de la fin, sur cette question de savoir si, oui ou non, la justice contractuelle est un problème technique, à un auteur qui a écrit récemment un article sur la justice contractuelle en Grande-Bretagne et je cite : "S'il est vrai que le droit résulte de la synthèse de l'ordre et de la justice, il serait erroné de soumettre entièrement l'ordre contractuel à la justice générale, comme on a tendance à le faire de nos jours". Cela vient après un autre passage qui se lit comme suit : "Quant aux moyens par lesquels doit s'effectuer un changement qu'on suppose nécessaire, pas de doute, la voie législative s'impose. La common law s'est montrée incapable de faire la distinction nécessaire des personnes physiques et des personnes morales et ne peut, donc, adopter une nouvelle règle sans entraîner des conséquences fâcheuses". Voilà le point de vue d'un avocat de common law. Je crois que pour des civilistes, la question ne se pose même pas. Nous avons dit que le choix était en réalité entre différentes techniques législatives et la question que je voudrais vous poser maintenant, dans une deuxième partie de cette discussion, c'est, quelle est la meilleure technique législative qui, à votre avis, s'impose : code ou loi spéciale?

M. Louis Perret :

J'allais justement vous proposer de passer de la question de la valeur à la question du langage, autrement dit au style de rédaction. Comme je l'ai laissé entendre tout à l'heure, la nouvelle Loi sur la protection du consommateur du Québec a une portée extrêmement étendue puisqu'elle couvre tout contrat portant sur un bien mobilier ou sur un service, du moment qu'il est conclu entre un commerçant et un non-commerçant. Par conséquent, cette loi couvre, en nombre, à peu près les trois-quarts des contrats déjà visés par le Code civil pour justement en traiter de façon particulière. Par conséquent, il est peut-être légitime, ainsi que cela a déjà été proposé, de parler de rapatriement de cette loi spéciale dans le Code civil. Mais toute personne qui est un peu familière avec cette loi, connaît son style déplorable de rédaction. C'est un style où le détail, parfois même superflu, abonde ; c'est un style touffu, extrêmement confus, et qui en tout cas manque de clarté. Alors, si l'on doit rapatrier cette loi dans le Code civil, ma question est alors de savoir quel style on va utiliser. Est-ce que l'on va utiliser le style concis et le style laconiste traditionnel du Code civil ou bien alors, est-ce que l'on va utiliser le style précis mais quand même suffisamment détaillé, tout en laissant tomber ce qui est superflu et inutile? Mais, j'aborde là une question qui est chère, je pense, à monsieur Tancelin ; aussi est-ce à lui que je dirige la question.

M. Maurice Tancelin :

Je m'excuse, ici, le président ne répond pas aux questions, il les pose. Alors, c'est la salle qui va répondre aux questions.

M. Hein Kötz :

Monsieur Crépeau m'a fait parvenir une copie de la Loi sur la protection du consommateur du Québec ainsi que le Projet de Code civil. Et j'ai été très étonné de constater, qu'au Québec, ces deux domaines étaient traités séparément. À mon avis, vous préparez, au Québec, un Code civil qui ne tient nullement compte du développement du droit des contrats. Le Projet de Code civil semble se restreindre aux règles de contrats qui sont en vigueur depuis 2 000 ans, alors que les récents développements du droit des contrats sont inscrits dans la Loi sur la protection du consommateur. Les conséquences de cette application ont été décrites par un intervenant dans cette discussion. Si l'on n'inscrit pas de règles

concernant les problèmes du droit des consommateurs dans le Code civil, le législateur aura nécessairement tendance à édicter des lois spéciales très larges, comprenant des milliers de détails qui nécessiteront une réforme dans un avenir prochain.

À mon sens, si vous fusionnez ces deux domaines du droit des contrats, le législateur devra approfondir ces questions avant de les incorporer au Code civil. La raison est qu'il y a un effet disciplinaire découlant de la nécessité de l'insérer au Code civil au lieu de recourir à des lois spéciales. Dans des lois spéciales le législateur cherchera nécessairement à être prolixe, prévoir moulte détails. Il y aura des milliers de problèmes lorsque vous devrez réconcilier le Code civil et la Loi sur la protection du consommateur. Je prendrai une image pour m'exprimer : l'enfant est tombé au fond du puits. Vous ne pouvez faire grande-chose et je ne crois pas que le législateur réduira les prolixités de la Loi sur la protection du consommateur pour les introduire dans le Code civil.

Je ne vois aucune solution pour remédier à cette situation qui est la vôtre.

En Allemagne, nous espérons éviter ces difficultés et mon collègue hollandais affirme que les Pays-Bas pourront aussi les éviter ; ce sera aussi le cas en Suisse, car mes collègues suisses ont, depuis plusieurs décennies, réussi à insérer le droit des contrats au Code des obligations.

M. Arthur Hartkamp :

Monsieur Kötz a parfaitement raison. Aux Pays-Bas, nous allons insérer dans le Code civil, actuellement en révision, le droit sur les conditions générales et le droit des consommateurs, relativement aux contrats de vente et aux autres contrats.

Si nous n'étions pas en train de préparer un nouveau Code civil, je ne sais pas où nous pourrions insérer ces lois. Je vais d'abord vous donner mon opinion à ce sujet.

Je suis d'accord pour insérer ces nouvelles lois dans le Code civil. Mais je ne crois pas que cela

soit nécessaire pour avoir une loi claire et bien rédigée. J'aimerais poser une question à monsieur Kötz. Pensez-vous que votre loi de 1976 sur les conditions générales est mal rédigée? Croyez-vous que cette loi aurait été rédigée différemment si elle avait été insérée au Code civil? Pour ma part, je ne le crois pas. Mon avis est que cette loi est très bien construite et je ne crois pas qu'on aurait changé une virgule si elle avait fait partie du Code civil. Cependant, si cela avait été le cas, on n'y aurait pas trouvé certaines dispositions, par exemple dans le domaine du droit international privé, ou des dispositions relatives à la procédure civile, etc. Mais la partie consacrée au droit civil aurait été rédigée de la même façon. Ce qui est plus important que le choix du Livre dans lequel est insérée une loi est la rédaction elle-même de la loi, ainsi que la coordination entre ces lois et le Code civil lui-même. Si ces règles sont suivies, comme ce fut le cas en Allemagne, il n'est pas très important que la loi soit placée dans tel livre ou tel autre.

Cependant, comme question de principe, le prestige de la législation étant en cause, si je peux m'exprimer ainsi, je suis en faveur de l'insertion de toutes ces lois dans le Code civil.

M. Hein Kötz :

Pour ma part, je trouve regrettable que nous ayions créé une loi spéciale sur les conditions générales des affaires. Vous avez parfaitement raison en disant que plusieurs dispositions de cette nouvelle loi auraient dû être insérées dans le Code civil. Mais je suis d'avis que certaines dispositions ne pouvaient être insérées dans le Code civil et ce sont celles qui, à mon avis, sont superflues. Et ces dernières auraient dû être éliminées complètement.

M. Hartkamp :

Croyez-vous que si le législateur allemand avait, en 1976, inséré la partie de droit civil de cette loi dans le Code civil, il aurait à décréter une loi à part pour les autres dispositions? Ce n'est pas simplement une question de principe, c'est surtout sur quoi le législateur veut légiférer dans un contexte historique donné. Si c'était à refaire, il se pourrait que ces dispositions soient éliminées de la loi, mais en 1976, elles n'auraient pas été éliminées si cette loi avait été insérée dans le Code civil.

M. Hein Kötz :

Cette loi a été adoptée très rapidement en 1976. Le Parlement voulait faire un cadeau à la population, et vous savez que l'impact était plus grand auprès de la population en promulguant une loi spéciale concernant la protection des consommateurs plutôt que d'apporter quelques modifications au Code civil. C'est pour cette raison qu'ils ont adopté en vitesse cette loi spéciale.

Le législateur avait certaines raisons d'adopter un tel procédé. Si nous étudions cette loi, je peux vous indiquer quelques dispositions qui n'auraient jamais été acceptées dans le Code civil. Il avait en main des éléments intéressants qui ont été inscrits dans cette loi sans avoir à être discutés deux, trois ou quatre fois, ce qu'il aurait été obligé de faire si ces dispositions avaient été insérées dans le Code civil.

Pour ma part, je recommanderais de mettre à l'essai ces nouvelles règles, relatives à la protection du consommateur et de voir si elles peuvent ou ne peuvent pas être insérées dans le Code civil. Si oui, c'est qu'elles sont efficaces, et si ce n'est pas possible, elles devraient être éliminées.

M. Maurice Tancelin :

Alors voilà qui est rassurant et finalement, c'est ce que l'on a fait au Québec aussi, et l'on va peut-être avoir le même résultat avec l'essai législatif spécial et, ensuite éventuellement, une intégration au Code. Est-ce que quelqu'un veut intervenir sur ce point précis?

M. Jacques Ghestin :

Je crois que, bien sûr, dans cette matière, il y a des difficultés d'ordre politique, à la limite même, d'ordre démagogique. Nous allons avoir vraisemblablement, en France, dans les mois qui viennent, les mêmes questions, en ce sens que c'est le ministre de la Consommation qui prend l'initiative de la réforme, et que cela sera fait dans un esprit de protection des consommateurs, et que cela risque d'être présenté comme strictement limité à la protection des consommateurs.

Mais je voudrais insister sur des difficultés d'ordre technique, parce que les difficultés se rencontrent, quel que soit le choix effectué. La cohabitation d'une espèce de codification de grandes lois de protection des consommateurs avec un Code civil, que ce soit un Code civil ancien ou un Code civil nouveau comme le Projet de Code civil du Québec, est nécessairement très difficile parce que les consommateurs, c'est tout un chacun et qu'il est d'ailleurs difficile de distinguer ce qui est propre aux consommateurs de ce qui est autre chose, et, qu'ainsi, l'on voit le domaine du Code civil se réduire comme une poche à grain au profit d'un droit spécial de la consommation.

Mais d'un autre côté, l'assimilation du régime de protection des consommateurs à un régime de droit commun est également très difficile, parce qu'on ne peut pas appliquer le même régime à des contrats multiples, nombreux, généralement de faible intérêt pécuniaire, conclus entre un consommateur et un professionnel, avec des contrats conclus entre de puissantes sociétés, pour des intérêts considérables, qui exigent parfois des mois et des mois de négociations.

Et d'un autre côté, l'on voit que des contrats conclus entre professionnels comportent des inégalités extrêmement proches de celles que l'on rencontre du côté des consommateurs. Nous avons, par exemple, les distributeurs de produits pétroliers en France ou les distributeurs de boissons, qui se trouvent liés par des contrats de fournitures exclusives auprès de puissantes sociétés et qui finalement sont dans une situation de dépendance et d'infériorité aussi complexe que celle des consommateurs, de telle sorte que je me demande si la véritable séparation est entre les consommateurs et les autres ou si elle n'est pas dans deux types de contrats, ce que l'on peut appeler les contrats d'adhésion et les contrats véritablement négociés.

Et alors là, la réponse qui aurait ma préférence, mais c'est une réponse très prudente parce que la question est trop difficile pour être réglée en quelques minutes, serait celle-ci : ne pas avoir un Code de protection des consommateurs mais, dans un Code civil, distinguer soigneusement entre les règles qui concernent les contrats d'adhésion et les règles qui concernent véritablement les contrats négociés entre puissances égales. Et cela aurait une importance technique considérable en ce qui concerne, en particulier, les règles supplétives ou interprétatives parce que, à l'égard de contrats d'adhé-

sion, il faudrait que les règles, je dis "supplétives", soient en fait des règles impératives ou, qu'éventuellement, elles fassent l'objet d'une négociation collective dont les résultats s'imposent de façon impérative aux parties consommateurs ou éventuellement s'imposent de façon impérative, par exemple, aux rapports entre sociétés pétrolières et distributeurs d'essence.

C'est une idée nouvelle, mais c'est une idée difficile à faire admettre car, par exemple, la Cour de cassation française vient de juger, à diverses reprises, que des négociations qui avaient été effectivement réalisées entre sociétés pétrolières et distributeurs d'essence n'avaient aucun caractère obligatoire, parce qu'il n'y avait pas de mécanisme de négociation collective comparable à ce qui existe dans les relations entre les salariés et les employeurs.

Mais je crois qu'il y aurait là un progrès important du droit, qu'il y ait des règles impératives, soit à partir de négociations, soit ordonnées par le législateur dans les contrats d'adhésion, mais que les contrats négociés de gré à gré ne comportent que des règles supplétives avec possibilité de dérogation par la volonté commune des parties. C'est une proposition, mais je crois que c'est une direction de réflexion possible.

M. Bruce Archibald :

J'enseigne dans une université de common law, à Dalhousie, à Halifax. J'ai donc une bonne expérience en droit comparé et, à diverses occasions, j'ai été très intéressé d'entendre de merveilleux discours de rhétorique louangeant les vertus de la codification, au point d'en arriver à croire cette rhétorique et à transmettre mon enthousiasme à mes élèves. J'ai aussi participé à des discussions où l'on se pose les questions suivantes : nous nous demandons si le Code civil et la common law ne se ressemblent pas de plus en plus, parce que dans les systèmes civilistes, nous référons au case law et dans la common law, nous référons aux lois. À mon sens, la véritable ressemblance entre les systèmes de common law et ceux de droit civil repose sur la fragmentation entière du système juridique, et une réponse, sur une base ad hoc, venant du législateur; et les problèmes auxquels nous sommes confrontés ne sont pas simplement une question d'esthétique, mais aussi un problème très pratique de décider si, oui ou non, les règles devraient être intégrées dans un Code.

Je ne sais pas si vous avez dans les systèmes de droit civil les mêmes problèmes que nous, mais les taux d'assurance-responsabilité augmentent d'une façon effarante dans la profession juridique, parce que les avocats commettent de multiples erreurs.

Je ne sais pas comment vous évitez ce problème même mais je peux me permettre une suggestion. Vous pourriez avoir un Code contenant les règles générales et recourir, quand même, aux lois spéciales, mais ne serait-il pas pratique de faire référence aux dérogations ou aux exceptions spéciales dans le Code lui-même?

Vous avez, alors, un Code qui contient les principes généraux mais qui est aussi un genre d'index du système juridique. Et cet index donne les titres appropriés, ce qui ferait du Code civil ce que le professeur Baudouin intitule la clef de voûte, alors qu'à l'heure actuelle, il me semble, qu'à l'instar de la common law, il est une sorte de safety net. ("filet de protection").

Le peuple est gouverné selon des lois particulières, mais on revient à ce qui existe dans les systèmes civilistes, le droit commun. Mais un Code peut être beaucoup plus important et l'on pourrait adopter une technique que nous retrouvons dans la législation fédérale canadienne. Je veux parler de la Déclaration des droits de la personne*.

Cette Déclaration des droits de la personne prévoit que toute la législation est confiée au ministre de la Justice pour faire une enquête appropriée et déterminer si cette législation contrevient à la Déclaration des droits.

Ne serait-il pas opportun que le législateur suive ce même principe, en procédant aussi à une enquête pour vérifier si telle législation contrevient aux principes du Code civil?

---

* Note de l'éditeur : devenue Déclaration canadienne des droits et libertés, enchâssée dans la Loi constitutionnelle de 1982.

Cela ne signifie pas que l'on abandonnerait les lois spéciales, mais au moins, ce serait un procédé que pourrait adopter le législateur pour faire face à ce problème. J'y vois une solution pratique.

M. Maurice Tancelin :

Les suggestions pratiques sont les bienvenues et je crois que c'est l'utilité de ce genre de colloque de pouvoir les récolter. Heureusement, elles sont enregistrées, alors les dernières interventions constituent des solutions, des suggestions pratiques qui certainement seront prises en considération. Monsieur Crépeau a demandé la parole tout à l'heure.

M. Paul A. Crépeau :

Monsieur le président, je regrette d'abord vivement de n'avoir pu participer cet après-midi à cet atelier. Lorsque je suis arrivé tout à l'heure, j'ai entendu monsieur Kötz nous parler de la distinction entre le Projet du Code civil et la Loi sur la protection du consommateur. Loin de moi la pensée de défendre à tout prix le Projet de Code civil, mais je peux simplement dire qu'il y a eu, je puis l'attester, une préoccupation au comité des obligations de l'Office de révision du Code civil, lorsque son rapport était à peu près terminé, de revoir minutieusement chacune des dispositions de la Loi sur la protection du consommateur, dont une bonne partie d'ailleurs avait déjà été rédigée à l'Office de révision du Code civil, pour savoir dans quelle mesure ces dispositions très particulières pouvaient en quelque sorte s'élever au niveau d'une règle générale, du droit commun, de manière à pouvoir être introduite dans le Code civil.

Et, à cet égard, je dois dire que les conclusions auxquelles nous parvenions étaient que, très souvent, la Loi sur la protection du consommateur comportait des règles très particulières, très minutieuses qui réglementaient des aspects très précis de certains contrats et qui, pour cela, ne "méritaient" par d'être insérées dans le Projet. Mais, chaque fois que la règle paraissait pouvoir s'élever à un niveau de généralité telle que l'on puisse justifier son inclusion dans le Code, cela a été fait.

En proposant une réglementation nouvelle du contrat dans le Projet de Code civil qui, tout en respectant le principe de la liberté contractuelle, a voulu

néanmoins réprimer les excès, les abus du libéralisme, on a senti le besoin d'intervenir dans les diverses phases de la vie d'un contrat : formation, détermination du contenu, interprétation, inexécution. Ainsi, au moment de la formation du contrat, le Projet comporte une règle sur la lésion fondée sur le double critère de la disproportion des prestations et de l'exploitation de la situation d'une partie, de même qu'une règle sur l'annulabilité ou la réductibilité d'une clause abusive.

En ce qui concerne le contenu obligationnel du contrat, le projet donne un intérêt pratique considérable à la distinction qu'évoquait tout-à-l'heure M. Ghestin, entre les clauses supplétives et les clauses impératives d'un contrat : en effet, si les clauses supplétives demeurent la règle, le Projet comporte, néanmoins, nombre de clauses impératives, notamment en matière de vente, e.g. garantie impérative contre les vices cachés, ou encore le louage de choses, e.g. règle sur l'habitabilité d'un logement, et aussi en matière d'assurances. On y trouvera également des régimes impératifs touchant la clause résolutoire, la déchéance du terme afin d'empêcher l'effet automatique des dispositions contractuelles. On notera, de plus, au plan de l'interprétation du contrat, la règle, en matière de contrat d'adhésion, favorisant la partie qui est appelée à y adhérer. On remarquera, enfin, dans le domaine de l'inexécution des obligations, la prohibition de toute clause d'exonération touchant le fait personnel, et même la faute volontaire causant préjudice à la personne.

Tous ces exemples, et bien d'autres, constituent un indice incontestable de la préoccupation qu'avaient les auteurs du Projet sur les obligations d'insérer dans le Code civil nouveau des dispositions protectrices non pas, le plus souvent, du consommateur en tant que tel, mais de l'une ou l'autre des parties lorsque le régime de liberté contractuelle était suceptible de lui causer préjudice.

Il y a donc place, me semble-t-il, pour une loi particulière sur la protection du consommateur, à côté d'un régime de droit commun qui, inséré au Code civil, tente d'instaurer, dans l'ensemble des rapports économiques, une plus grande mesure de justice contractuelle.

Le Projet de Code civil se situe dans cette lignée. Certes, les pas sont-ils encore timides, mais la voie, en tout cas, est tracée. Il faudra s'y engager plus

avant au fur et à mesure que les besoins s'en feront sentir.

M. Jacques Grand'Maison :

À titre de non-juriste, j'ai le goût de dire une inquiétude qui m'habite et qui, à mon sens, est à l'avantage des juristes. Je suis très inquiet d'une certaine évolution et vous allez me dire que je suis en contradiction avec mes sensibilités sociales et pourtant, je suis porté à dire, face à l'évolution actuelle, que cette multiplication de législations est en train d'obtenir exactement le contraire actuellement et, qu'à plus ou moins long terme, non seulement le droit y perdra mais un peu tout le monde.

On a souligné le fait qu'en ce qui concerne la fonction de cohérence dans les sociétés occidentales où l'on ne sait plus comment les choses vont tenir ensemble, une des seules cohérences qui nous reste est celle du droit. Je dis qu'il ne faut pas la maquignonner. Et dans la mesure où on l'a fait éclater de toute part, dans des contextes touffus et des législations auxquelles je suis très sensible comme "homme de gauche", c'est le choc que nous rencontrons actuellement, nous permettant de nous rendre compte que des objectifs dits progressistes ont débouché sur une dépendance de plus en plus grande. Et je me dis que de demander au droit de se limiter à ses fonctions plus immédiates, je parle par exemple de la fonction de cohérence, c'est aussi nous rendre un énorme service dans les circonstances, parce qu'à mon avis, nous allons à des culs-de-sac, parce qu'à peu près tout le monde actuellement est au rendez-vous des droits. On pense que l'on peut tout faire par le droit et l'on dit aux juristes, on leur donne mauvaise conscience, on leur dit : vous êtes des conservateurs et il est temps que vous marchiez avec les exigences de changements progressistes pour que le droit devienne un outil de libération. Or, moi je vous dis, d'une part, qu'il est temps d'y mettre certaines limites et aussi de re-situer cela dans les exigences mêmes du Code civil qui, pour moi, est le noyau net et clair du consensus de base d'une société.

M. Maurice Tancelin :

Merci monsieur Grand'Maison. Il me reste à remercier tous les participants à cette table ronde pour leur collaboration, leur intérêt et je déclare close la présente réunion.

SÉANCE PLÉNIÈRE - CODIFICATION : INSERTION DU DROIT NOUVEAU

présidée par monsieur **André Morel**
professeur à la Faculté de droit de
l'Université de Montréal

Conférenciers : Monsieur **François Terré**, Paris
Monsieur **Alain-F. Bisson**, Québec

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par monsieur André Morel,
professeur à la Faculté de droit de
l'Université de Montréal :

CODIFICATION : INSERTION DU DROIT NOUVEAU

M. A. Morel :

Le thème de cette séance plénière - "Codification : insertion du droit nouveau" - n'est pas, me semble-t-il, malgré les apparences, une invitation à entreprendre un exercice de prospective juridique. Sans doute, l'idée de chercher à dégager des éléments de prévision peut-il être l'une des composantes de notre thème, mais plutôt à la manière d'un point d'aboutissement que d'un point de départ. Ce à quoi nous sommes conviés, je crois, c'est bien davantage à une réflexion sur notre passé, sur ce passé qui nous est commun puisque nous appartenons tous à la communauté des pays de droit codifié, mais un passé qui est aussi propre à chacune de nos sociétés parce que nous avons chacun vécu la codification d'une manière originale.

Partout, j'en suis sûr, à un moment ou à un autre, la codification a servi de support à la formulation de nouvelles valeurs et à l'insertion de ce droit nouveau dans la société. Mais nulle part, j'en suis persuadé aussi, cette insertion du droit nouveau par le moyen de la codification ne s'est-elle réalisée de la même façon, avec la même ampleur, avec le même bonheur. Nos expériences respectives sont donc parentes, mais diverses aussi. Quels enseignements pouvons-nous en tirer? La codification reste-t-elle, en cette fin du XX^{e} siècle, un moyen encore privilégié pour réformer le droit, pour implanter des valeurs nouvelles, un droit nouveau?

Tout à l'heure, monsieur François Terré, pour la France, monsieur Alain-François Bisson pour le Québec, nous proposeront des réflexions à partir d'expériences récentes de réforme du droit par une réforme du Code civil. Je voudrais pour ma part, à titre liminaire, esquisser quelques remarques qui puiseront à un passé plus ancien, tout en me limitant à l'expérience québécoise.

On ignore généralement que le premier projet de codification de notre droit privé a été élaboré au lendemain même de la conquête anglaise de 1760. Et ses promoteurs ont été des Britanniques, ce qui ne manque pas de surprendre quand on sait que l'idée de codification n'a guère jamais fleuri en terre anglaise. Son principal défenseur, Francis Masères, était, il est vrai, un descendant de huguenots français, qui avait été nommé au poste de procureur général de la province. Mais il sut tout de même gagner à sa cause les gens de son entourage et, au premier chef, le gouverneur lui-même.

Quoi qu'il en soit, ce que l'on doit retenir, c'est que la rédaction d'un code était apparue, en 1769, au jugement des administrateurs de la colonie comme la meilleure solution à la situation désordonnée dans laquelle nous avions été plongés depuis que l'Angleterre avait édicté, en 1763, que le droit anglais serait le seul droit en vigueur dans la province. Un changement s'imposait. L'objectif, sur lequel on était tombé d'accord, était d'arriver à constituer un système mixte, c'est-à-dire un système qui retiendrait une large portion de l'ancien droit canadien, mais en y effectuant des réformes profondes. Il s'agissait en somme de parvenir à insérer dans la trame de notre droit coutumier des principes de liberté empruntés à la tradition anglaise, principes auxquels les Anglais étaient profondément attachés et qui étaient appelés à transformer de façon fondamentale, notamment, la tenure foncière, les successions, les libéralités entre vifs et testamentaires et le droit commercial.

Pour atteindre ce but, on envisagea plusieurs méthodes, mais après analyse des avantages et des inconvénients de chacune, il n'en est aucune qui parut supérieure à la confection d'un code qui contiendrait la totalité du droit que l'on voulait voir en vigueur, à l'exclusion de toute autre règle d'origine française ou anglaise.

Ce type de code,qu'on essaya pendant cinq ans de réaliser, devait, dans le dessein de ses auteurs, non seulement faciliter la connaissance du droit parce qu'on le voulait complet et autonome mais - et c'est ce qui nous intéresse davantage - il devait servir à implanter dans la société québécoise d'alors des institutions et des règles juridiques empruntées au système de valeurs qui caractérisait la société anglaise de cette deuxième moitié du XVIII^{e} siècle.

Or, si la codification paraissait être la méthode dont l'exécution présentait le plus d'embûches, elle semblait s'imposer néanmoins comme la meilleure méthode de réaliser, de façon harmonieuse, cet alliage difficile entre deux droits dont les valeurs étaient tellement opposées(1).

L'entreprise, bien sûr, avorta ; et on se résigna, par la suite, à effectuer graduellement, par la voie de lois ordinaires, les réformes qu'on avait dès le départ envisagées, mais en procédant à la pièce et sans se préoccuper d'harmoniser les innovations avec le droit ancien qu'on bouleversait ainsi. Il fallut en payer le prix : un siècle d'incertitudes, de flottements et de contradictions.

Le choix de la méthode n'avait pas été indifférent, il avait été fatal. On s'est rendu compte, après coup, que Francis Masères avait vu juste en 1769 lorsqu'il avait tenté de démontrer qu'une codification était une solution supérieure à toute autre pour introduire dans le droit privé du Québec les réformes que l'on souhaitait(2).

Si ardue que soit une entreprise de codification, il fallut bien y revenir. La décision d'y procéder fut prise, finalement, en 1857(3). Notre droit privé avait alors atteint un niveau d'incohérence et de confusion si manifestes que c'est avec une remarquable unanimité que les contemporains ont décrié l'état misérable dans lequel ce droit était tombé par suite des emprunts répétés que, depuis un siècle, on avait faits au droit anglais. C'est une véritable "Babel légale"(4), affirmait l'un ; "ce n'est qu'une masure ouverte à tous les vents, dont les parties sont informes, disjointes entre elles, et qui bientôt n'offrira plus aux regards qu'une masse de décombres", écrivait l'autre(5).

Or, malgré ces jugements aussi railleurs que virulents et qui sont des appels nets au changement, c'est, au contraire, une volonté de conservation du droit existant qui s'exprima dans la loi de codification. Ce que le législateur commandait aux codificateurs, et ce que ces derniers réalisèrent effectivement, c'était la réduction, en un code, du droit alors en vigueur. Ils avaient alors le devoir de dire le droit tel qu'il était et ne proposer de le modifier que dans des cas exceptionnels(6). On a l'impression, à regarder les choses aujourd'hui, que ce qui prédominait dans l'esprit du

législateur, c'était le désir de voir clair, le besoin de créer l'harmonie là où régnait le chaos, si bien que le Code civil de 1866 fut une oeuvre non de réforme mais de reformulation du droit.

Ce n'est pas à dire que ce Code ne fut pas innovateur. L'innovation - et elle n'est pas négligeable - se situa cependant dans le domaine du langage, non dans celui des valeurs. Et c'est pourquoi cette codification québécoise est peut-être l'exemple le plus pur que l'histoire nous offre d'une transformation du droit lui-même par la seule transformation de son langage. Car il ne faut pas s'y tromper. En faisant passer le droit par une forme codifiée, tout en conservant les valeurs traditionnelles, ce n'est pas seulement l'expression de la règle de droit que l'on changeait, mais c'est sa conception profonde et son opération même sur la réalité sociale.

Conçu comme un code de conservation des valeurs passées, le Code civil du Bas-Canada allait devoir, tout au long de son existence, s'ouvrir aux changements que, dans son principe, il avait repoussés. Souvent, c'est en modifiant directement le Code, et en prolongeant en quelque sorte l'oeuvre de codification, que le législateur a cherché le renouvellement des institutions. Parfois, cependant, les lois adoptées placèrent les innovations en marge du Code, comme si l'on avait alors perdu foi dans la codification en tant qu'instrument de rajeunissement du droit civil.

C'est contre cette tendance que s'élevait le président de ce colloque, le professeur Paul-A. Crépeau, alors qu'il était président de l'Office de révision du Code civil.

> "La volonté de maintenir vivant le système civiliste, écrivait-il dans la préface du Projet de Code civil, commandait de rétablir l'unité organique du droit civil en intégrant dans le Code les diverses lois particulières qui, restées en dehors de lui, étaient comme le signe de son lent effritement."

Et il ajoutait encore dans un élan d'optimisme :

"la fidélité à la tradition civiliste ne cesse de réclamer le renouvellement des institutions et l'adaptation des techniques aux besoins changeants de la société(7)."

Partageons-nous ce même optimisme? C'est, je crois, la question qui nous est posée et sur laquelle nos deux conférenciers présenteront maintenant leur point de vue.

Le premier, est monsieur François Terré que vous connaissez bien. Il est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris II et il a été, comme vous le savez aussi, membre, pendant sept ans, du cabinet du ministre de la Justice où, avec M. Foyer et M. Carbonnier, il a préparé des réformes législatives, notamment des réformes législatives au Code civil.

NOTES :

1. Sur ce projet, voir notamment les documents reproduits dans : Reports on the Laws of Quebec, 1767-1770, edited by W.P.M. Kennedy and Gustave Lanctôt, Ottawa, 1931 ; et dans : Documents relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791, edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty, Part I, 2nd ed., Ottawa, 1918.

2. Reports on the Laws of Quebec, supra, note 1, p. 80.

3. Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, S.C. 1857, chap. 43.

4. "De la codification des lois du Canada", (1846) 1 Revue de législation et de jurisprudence, p. 337.

5. "Du droit du Bas-Canada", (1861) The Examiner/ L'Observateur, p. 25.

6. Art. 4 et 6 de la loi précitée supra, note 3.

7. Rapport sur le Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, "Projet de Code civil", Vol. 1, p. XXX.

M. P. Terré :

"Étrange discipline que l'étude du droit...", Mishima le remarque. Et il ajoute: "Nul pêcheur cherchant à accroître sa prise ne pourrait être plus insatiable que quiconque étudie la loi" (Neige de printemps). L'image me semble particulièrement juste lorsque l'on observe l'oeuvre de regroupement des lois. Le code est un peu le filet par lequel le législateur veut tout embrasser, depuis l'incident banal jusqu'au mouvement éternel. Il s'y ajoute une considération particulière, liée à la présente communication: l'insertion du droit nouveau; celle-ci se réalise surtout au moment où un ample coup de filet élève au-dessus des flots le produit de ses efforts et de sa patience.

L'insertion du droit nouveau à la faveur d'une codification n'est pas sans relation avec la distinction des diverses fonctions possibles de celle-ci: simplifier les règles en les ordonnant, faciliter l'accès à la connaissance du droit, rendre le système plus vraisemblable, le moderniser, favoriser les innovations, notamment celles qui se réalisent par des expériences vécues à l'étranger... Autant de fonctions de la codification porteuses de notions diversifiées. Pour la commodité des choses, on les tiendra ici pour un peu équivalentes, toutes sous le signe de la nouveauté.

Méthodes, valeurs, langages... autant de questions évoquées précédemment. Autant d'ouvertures servant à relier la codification à l'éthique, à la linguistique, à l'épistémologie. Il y a même, derrière tout cela, une philosophie de la codification. Le débat qui, au siècle dernier, opposa Thibaut et Savigny, quant aux avantages et aux inconvénients de la codification, est autre; il est d'une nature différente de celui qui mit aux prises les partisans du droit écrit et les tenants du droit coutumier. La raison en est simple: de toute évidence, un code, c'est plus que le total des lois qui le composent.

Étudiant, à la fin du XIXème siècle, "les rapports et les limites des études juridiques et des études économiques", Boutmy avait observé de fort pénétrante manière que "la codification, c'est la philosophie de la volition créatrice et du plan réfléchi se substituant à la philosophie de l'évolution par modifications partielles et successives." On est donc bien loin de l'opposition législation-coutume.

Il y a une logique de la codification. Lorsque de nouveaux codes voient le jour, elle manifeste assez clairement son originalité. On l'a constaté notamment avec le B.G.B. et le Code civil suisse. Ces exemples classiques ne sont pas les seuls. Dans d'autres contextes, notamment dans le sillage de la décolonisation, la même observation s'impose. De tous ces éléments divers se dégagent quelques axes de réflexion tenant à la genèse des codes, aux objectifs qu'ils visent, aux influences qui se manifestent à travers eux.[1] Max Weber, sur tout cela, a éclairé notre horizon.

Aujourd'hui, une réflexion sur les relations entre codification et insertion d'un droit nouveau ne peut être davantage dégagée de toute connotation philosophique; et il n'y a pas de philosophie sans démystification, sans remise en cause par le philosophe des fondements et des structures de l'ordre établi. Or, dans une large mesure, un code, c'est la quintessence de l'ordre établi.

D'emblée, l'interrogation critique est tentée de se porter sur l'expression: insertion du droit nouveau. Pourquoi droit nouveau? Y a-t-il plus ou moins un parti pris contestable de nouveauté? Une réponse négative s'impose, sans doute pour deux raisons. D'abord, parce que le seul changement de forme entraîne - s'il ne l'exprime pas - un changement de fond, si imperceptible soit-il. Ensuite, parce que, de toute façon, dans la perspective présente, il y a bien changement de fond, et pas seulement celui qu'entraîne inexorablement l'écoulement du temps.

Plus problématique est la question de l'insertion du droit nouveau, hic et nunc, à la rencontre de l'espace et du temps. Un code est rupture. Même s'il se veut empiriste, il commande au temps - serait-ce seulement un instant de raison juridique - de suspendre son vol. La codification magnifie le temps présent. Mais elle n'isole pas ce qu'elle magnifie, ni en amont, ni en aval, ni vers le passé, ni vers l'avenir. Le code est paroxysme du droit. Mais la réussite de son insertion est subordonnée à la réalisation d'une certaine harmonie, établie par le sens du présent, par le rapport au passé, par la prévision de l'avenir.

---

1. (V.J. Carbonnier, "Le code Napoléon en tant que phénomène sociologique", Droit prospectif, Revue de la recherche juridique, 1981, p. 327 et s.

Codification et insertion du droit nouveau? Comme il arrive souvent, la conjonction est équivoque. Elle concerne ici l'adéquation au présent. Lorsque s'opère - ou doit s'opérer - l'entrée effective du code dans l'atmosphère juridique, deux questions se posent en effet: Faut-il insérer du nouveau dans le code? Comment insérer le nouveau code?

L'insertion du nouveau dans le code? La question de principe n'est évidemment pas étrangère à l'état du droit encore extérieur, non codifié. Ce peut être un droit non écrit - on dira aussi, mais la signification est quand même différente, non légiféré - ou, pour parler plus commodément, un droit jurisprudentiel. Et rien, a priori, ne permet d'affirmer que cet état des règles soit critiquable. Il se peut que les choses soient mieux ainsi. On l'a dit, à tort ou à raison, à propos de certains systèmes, en ce qui concerne les solutions apportées aux innombrables problèmes nés du développement des accidents de la circulation. À supposer même qu'il apparaisse urgent de légiférer, encore faut-il savoir si, à un moment donné, dans un pays donné, il est souhaitable d'introduire la législation nouvelle dans un code, existant ou à venir.

Aussi bien advient-il que ce droit existant soit déjà un droit écrit, mais qu'il se soit développé en marge des codes en vigueur. L'on peut constater dans divers pays - c'est le cas de la France - des situations de ce type en droit des obligations, spécialement du fait de l'essor d'un mouvement législatif et réglementaire axé sur la protection des consommateurs de biens ou de services. D'emblée, il se révèle souhaitable de procéder à l'insertion de ces règles dans un code existant, même si l'on peut hésiter quant au choix du point d'insertion: l'objet? le consentement? la capacité? Comme si, dans cette dernière direction, le souci envahissant de la protection poussait à considérer que les consommateurs sont, peu ou prou, des incapables. Reste que ce problème particulier, servant seulement d'exemple, atteste l'existence de difficultés spécifiques, liées au recul de l'individualisme et à une sorte de massification quant aux visées du droit.

Il existe aussi des situations intermédiaires, le droit existant étant pour partie écrit, voire codifié, pour partie jurisprudentiel ou coutumier. Cela peut tenir à une difficile genèse, au caractère disparate des éléments rapprochés ou encore à des circonstances historiques.

Cela peut aussi se relier à une mixité plus originale. Il y a certains secteurs du droit qui, dans les sociétés de liberté, favorisent plus que d'autres les interrogations profondes. Ce n'est pas nécessairement un hasard si une législation ou un morceau essentiel de législation demeure extérieur au corps de règles qui est expressément créé pour régir directement son objet. De ce point de vue, on pourrait développer maintes analyses quant au statut juridique de la terre. Pourtant, même si l'on constate à ce propos un particularisme parmi d'autres, cela ne remet pas en cause les observations habituellement formulées quant aux limites, mais aussi quant aux vertus de la codification. Disons même qu'il y a une tendance assez naturelle, serait-ce après un certain temps d'acclimatation, à insérer les nouveautés dans un code civil, dans ce que l'on a pu considérer comme la constitution civile d'un pays.

La nécessité de codifier étant admise et l'insertion du nouveau dans le code s'ensuivant, du moins en principe, l'application de la méthode précédemment évoquée peut être affectée d'une double manière.

D'abord, la division des matières entre les divers codes peut avoir correspondu, à une certaine époque, à une répartition cohérente. Mais celle-ci, les décennies passant, ne convient plus nécessairement. En d'autres termes, il arrive qu'une redistribution s'impose. Dans cet ordre d'idées, il est difficilement contestable que deux vagues au moins ont secoué, en France, le droit privé. L'une affecte le droit commercial et, probablement de manière plus profonde, le droit des obligations civiles et commerciales. Prolongeant la réflexion, on se dit que, si l'on ne rénove pas encore les parties du code relatives aux obligations, c'est pour tenir compte d'un certain nombre d'exigences liées au droit international ou au droit européen. Bien entendu, il faut aussi tenir compte du fait que la distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial a été complètement remise en cause. On sait bien qu'il y a une décodification du droit commercial.(2) On s'interroge à ce propos sur les vertus de l'exemple suisse.

---

2. B. Oppetit, "La décodification du droit commercial français", Mélanges Rodière, 1981, p. 197 et s.).

Autre vague.: celle qui tient à la pénétration grandissante du droit public dans les sociétés dites libérales de l'ère post-industrielle. Pour l'ignorer moins que les autres, l'on évoquera ici encore l'expérience française. Dès 1804, l'interrogation était possible; la définition du droit de propriété allait de pair avec l'évocation des restrictions tenant à l'existence de lois et de réglements. Et l'on savait bien, à cette époque, que nombre des restrictions au droit de propriété en découlaient; on n'avait pas attendu l'avènement du paradis socialiste pour en admettre, vaille que vaille, la nécessité. Reste que, de nos jours, la pression s'est accentuée à tel point que l'on se demande si la différence de degré n'a pas cédé la place à une différence de nature. De toute façon, l'ordonnancement du droit des biens est de plus en plus obscurci, ébranlé, contesté. Ainsi a-t-on vu naître et se développer toute une série de matières transversales, parmi lesquelles figurent en bonne place le droit du crédit et le droit des investissements.

Mais ce n'est pas seulement de redistribution qu'il s'agit. Il convient aussi de considérer la vitesse de changement de la loi, qui entraîne des conséquences importantes quant à la signification des codes. Le fait est que l'on a dû se rendre, ici ou là, à une évidence: dans certains domaines, souvent proches de l'économie, le droit est en état naturel de création continue, ce qui remet évidemment en question l'idée même de codification. Cet état de choses est difficilement niable à propos du droit des sociétés. Vainement, le juriste s'emploie à suivre le mouvement. Et le commentateur se désespère. Du moins trouve-t-il, à l'instant même, une raison fugitive de se rassurer, ou du moins de s'évader en observant qu'alors, il s'agit moins de l'insertion du nouveau dans le code que de l'insertion d'un code rénové.

L'opération est délicate. Elle implique l'écoulement du temps. On l'a dit et répété en nourrissant les discours de circonstance par des citations extraites des propos et des écrits de Portalis. On renverra ici aux citations d'usage. Contentons-nous de deux séries de remarques, nécessairement sommaires.

Tout nouveau code refuse d'être seulement oeuvre académique. Il aspire à être loi positive. En ce sens, il y a une nécessité de l'insertion du nouveau code. L'expérience montre pourtant que les choses sont moins simples et que les fantaisies de l'histoire sont, à

cet égard du moins, fertiles en atténuations ou en démentis. On a connu des codes morts-nés ou des projets de code qui ne virent même pas le jour. N'épiloguons pas sur le destin étrange, au Japon, de l'oeuvre immense de Boissonade, ni sur les aventures du Code Bustamante. Laissons même de côté - bien que l'effectivité n'en ait pas été nulle, fût-ce par l'effet d'une malice de l'histoire juridique - le code franco-italien des obligations. Il y a, en ce sens, une dérive révélatrice des intentions humaines. Mieux vaut quand même s'en tenir à des hypothèses moins accidentelles d'insertion, car c'est au sujet de codes effectifs qu'au cours de l'histoire des institutions juridiques se sont développés les grands débats.

Leur destinée appelait tout naturellement le choc des opinions et des doctrines, le conflit entre les apprioristes, plus ou moins imprégnés de jusnaturalisme, et les empiristes, influencés par Montesquieu ou, pour être probablement plus fidèles à l'histoire des idées, par une partie - non des moindres - de l'oeuvre de celui-ci. À tout ce bouillonnement d'idées, il fallut relier l'influence des idéologues, de toute évidence partisans de la codification, à la fin du XVIIIème siècle, puis au début du siècle suivant, dans la ligne même d'un certain rationalisme. Ce fut, dans l'univers des formes, quant au droit, une époque singulièrement éclairante. À tel point que nous n'avons peut-être pas encore tiré toutes les leçons d'un débat sans cesse recommencé, au coeur même du droit, entre le classicisme et le romantisme.

S'il y a aujourd'hui controverse sur les avantages et les inconvénients de la codification, elle ne se présente plus dans les mêmes termes. Bien au-delà d'anciens clivages, il existe un consensus en faveur de la codification. Pas davantage ne conteste-t-on qu'une codification ne peut être rapidement réalisée. Ce qui est bien davantage cause de perplexité, c'est un ensemble de symptômes d'une profonde crise de la loi. Là encore, on se gardera de répéter ce qui a été souvent dit.(3) Les troubles affectant cette source du droit affectent ses origines et par là même ses caractères: sa généralité mise en cause par la montée de l'influence des techniciens, voire par les prétentions grandissantes des spécialistes, son volontarisme battu en brèche par la poussée des intérêts catégoriels, négateurs de la volonté générale. La désacralisation et la déstabilisation de la loi

---

3. V. La loi, Archives de philosophie du droit, 1980, La loi.

ont perverti la rationalité du droit et, par voie de conséquence, ébranlé les assises des codes. À quoi il faut ajouter la poussée du relativisme dans l'ordonnancement des diverses sources des règles de droit.

Nul ne peut nier que tout cela ait profondément troublé le processus de codification. Pourtant, celle-ci peut secréter des antidotes ou, plus simplement, s'adapter au rythme du temps.

Il est possible d'aménager un processus de révision plus fréquente des codes, ce qui semble normalement admis en certains domaines, tels que ceux des sociétés ou des régimes matrimoniaux. Il y a aussi un effet multiplicateur de la codification, inhérent aux rassemblements réussis, si tant est qu'il y en ait. On remarque à ce propos que la codification manifeste un passage essentiel qui facilite par le code l'expression d'une conscience collective, digne d'une sorte de popularité nouvelle de la loi, parée de ce fait d'un prestige distinct de celui que peut lui valoir son seul contenu, comme si pour la loi qui existe déjà, la codification était le signe d'une nouvelle naissance.

Une chose est la nécessité de l'insertion d'un nouveau code, autre chose - on s'en doute - est le processus de cette insertion. Trois observations s'imposent à ce propos.

L'une a trait à la préparation du code. Par hypothèse, on envisage ici la codification "véritable", non la simple codification administrative. C'est dire que se pose le problème de la participation du Parlement à l'oeuvre créatrice. Quand il s'agit d'une loi, son rôle n'est pas mince. Mais si c'est un code qui est sur le chantier, les obstacles sont plus nombreux, notamment du fait, qu'en pratique, le régime parlementaire peut contrarier la distinction logique de la préparation d'un code et de son adoption. La diversité des systèmes politiques appelle, à cet égard, des observations spécifiques, notamment dans la mesure où l'on a souligné que les codifications les plus réussies ont généralement été, au cours de l'histoire, celles qu'ont réalisées les régimes autoritaires (Glasson). La question avait été posée au siècle dernier. Dans un contexte différent, elle doit l'être encore à notre époque, plutôt dans les termes d'une alternative: ou bien le Parlement décide de s'atteler lui-même à la tâche préparatoire, mais il ne tarde pas à renâcler devant la besogne, car elle est souvent très lourde et, de ce

fait, disproportionnée à ses moyens; ou bien, le Parlement s'en remet à un organisme extérieur, plus ou moins dépendant de l'Administration, mais fréquemment, il y a lieu de craindre qu'il ne rejette ou ne dénature le projet élaboré hors de son sein.

Une deuxième considération concerne l'étape suivante: l'introduction du code nouveau, adopté par l'autorité législative. L'on constate, à notre époque, une tendance - plus fréquente que par le passé - à l'étalement dans le processus de mise en application des règles nouvelles. Mais l'expérience a montré qu'il existe divers modes d'étalement. À vrai dire, il arrive que la démarche progressive consiste même à procéder à des réformes successives des parties d'un code: d'abord, l'administration légale et la tutelle, puis les régimes matrimoniaux, puis l'autorité parentale...: le procédé a été utilisé en France depuis 1964, pour la rénovation du Code civil. Plus significative peut être, dans la présente perspective, la mise en application différée d'un code complet; diverses constatations d'ordre comparatif pourraient être dégagées à son sujet, qu'il s'agisse, non sans quelques différences, de la destinée du code judiciaire belge ou même des codifications réalisées en Afrique, aux lendemains de la décolonisation.

La problématique laisse place à des situations intermédiaires, notamment à l'échelonnement de réformes partielles - présentant ostensiblement ou non un caractère expérimental - ensuite reprises, réorchestrées serait-on tenté de dire, dans un cadre d'ensemble. Encore faut-il observer que l'expérimentation d'une règle juridique nouvelle n'est pas sans inconvénients, car elle émousse a priori la force obligatoire et contribue à nuire au nécessaire prestige du droit. Au reste, cette démarche concerne moins l'ensemble que les parties qui le composent. Une chose est d'expérimenter une loi, autre chose est d'expérimenter un code.

Enfin, l'on prend de plus en plus conscience, dans les sociétés post-industrielles, de la nécessité d'un service après-réforme, axé sur un besoin grandissant d'initiation. On sait qu'à notre époque, soucieuse d'une information sans cesse accrue, l'accès à la connaissance de la règle est tout à la fois de plus en plus réclamé et de plus en plus difficile, que l'écart n'a cessé de grandir entre la règle et le milieu social, qu'il y a, de ce fait, un développement de l'insécurité juridique. L'observation est devenue un lieu commun. Reste à se demander si, dans ce contexte, la codification est de nature à aggraver le

mal ou à le guérir. On sait maintenant, à la suite de travaux menés par le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II, sous l'impulsion du doyen Carbonnier, que le Code civil de 1804 n'est, au XIXème siècle, véritablement entré dans les moeurs françaises qu'après plusieurs décennies. Cela pourrait servir à relancer maintes discussions, spécialement au sujet de la signification précise des mesures transitoires accompagnant les lois nouvelles que se donnent les vieilles sociétés, lourdes d'une longue histoire juridique.

Quelques réflexions s'imposent ici, me semble-t-il, quant au rapport au passé. Partons d'une observation assez communément reçue: "La codification est un acte tranchant du législateur qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'intérêt public, l'accord et la dépendance mutuelle des différents articles, et le dispense de chercher des précédents ou des titres en dehors d'un instrument authentique, au-delà du jour de sa promulgation" (Boutmy).

Ainsi est-on porté à insister sur l'idée d'une rupture avec le passé. Et de fait, l'on sait bien que, dans l'histoire des peuples, la cristallisation qui découle de l'oeuvre codificatrice a certes unifié des coutumes disparates, mais a, dans le même temps, pu empêcher de lents mouvements de rapprochement, d'harmonisation, voire d'unification des règles de droit de produire leurs effets bénéfiques par-dessus les frontières des nations. En ce sens, la codification napoléonienne a isolé le droit français, même si elle a pendant longtemps servi de modèle et favorisé son rayonnement. Assez largement, elle a même favorisé, du fait d'une coupure avec le passé, l'essor et la prise de conscience d'une certaine méthode historique en droit, et même la révélation d'une différence essentielle entre le droit comparé et l'histoire du droit.

De toute évidence, la rupture avec le passé varie d'une codification à une autre, et même au cours du processus d'une codification déterminée. Dans les codifications du tiers monde, l'idée de conserver un certain acquis du passé n'a pas exercé partout la même influence. Elle n'a pas toujours persisté avec la même force aux divers moments de l'évolution, comme s'il y avait des cycles dans le retour, éternel ou temporel, au passé. Le rejet des coutumes traditionnelles est, à divers moments clés, apparu comme une condition du progrès. Mais comme on ne peut violenter impunément la nature - fût-ce celle qui sert de support ou de substance aux règles de droit-il a

fallu souvent prendre conscience d'un respect nécessaire du rythme des révolutions réussies.

Au-delà de ces multiples vicissitudes, le progrès ininterrompu de la réflexion juridique, alimenté aujourd'hui par la sociologie juridique, oblige au rejet de l'illusion longtemps entretenue d'une coupure radicale avec le passé, tout simplement parce que le droit se situe dans le temps, que le phénomène juridique, sous toutes ses formes, est inséparable de la temporalité, que le temps est même une composante de ce phénomène unique et irréversible. Et il en va ainsi non seulement quand il s'agit de restaurer ou de rénover un code - comme en matière d'urbanisme - mais aussi lorsque l'on dote d'un code un système juridique qui en était jusque là dépourvu.

D'où un glissement significatif, ou plutôt, dans le sillage des règles nouvelles qui dépassent et abrogent nombre de celles qui existent, mais en assument, en absorbent et même en consolident d'autres - qu'on le veuille ou non -, un revouvellement révélateur de la réflexion sur les sources des règles de droit et l'interprétation de celles-ci. Bien plus que la seule réforme législative partielle, la codification est une cause puissante de renouvellement des méthodes d'interprétation; elle est, en elle-même, une cause de progrès de l'herméneutique juridique.

Le sujet est immense. Sa place n'est pas ici, ou du moins ne peut-elle être que modeste. Disons, en quelques mots, que la codification provoque un revouvellement de la référence authentique à ce qui, à peine promulgué, cesse évidemment d'être du présent. Les flux et les reflux de la méthode exégétique ont été - au moins jusqu'à une époque récente - dûs moins à des changements de doctrine en matière d'interprétation, malgré le rôle considérable de certains auteurs (Gény), qu'à l'éloignement variable des règles qu'il s'agissait d'interpréter. Dès que se manifestent, en effet, de nouvelles vagues législatives, l'ancrage sur le passé se déplace, se rapproche; il n'y en a pas moins un ancrage sur le passé.

On objectera: c'est là jouer sur les mots. Ce n'est pas du même passé qu'il s'agit. Ce n'est plus le passé antérieur à la codification qui manifeste alors son influence; c'est, de préférence, celui que le code devient, sitôt qu'il est né. C'est vrai, de prime abord. Mais précisément, le progrès de la pensée juridique récuse le cycle de l'éternel retour. Et s'il y a apparemment, du fait de codes nouveaux ou renouvelés, une sorte de retour aux sources, ce retour s'est accompagné, à notre époque, d'un renouvellement profond de l'analyse du rôle des sources du droit, disons même d'une vision élargie de ces sources.

Sous l'influence bénéfique des sciences auxiliaires du droit et du fait de l'influence d'une certaine épistémologie, la remontée vers les intentions du législateur ne s'opère plus de la même manière qu'autrefois. Le chemin de la connaissance s'est élargi au point de réintégrer le droit que l'on avait cru mort dans le droit que l'on pensait seul vivant. Le passé imprègne le présent. "Le droit sort du droit. Légiférer, c'est faire sortir le présent du passé" (Carbonnier). L'interprétation est compréhension. Et celle-ci, améliorée, nous fait mieux prendre conscience de tous les courants d'où émergent les règles nouvelles et de toutes les conciliations ou transactions nécessaires à leur invention ou à leur découverte.

On a longtemps vécu sur l'idée qu'il y a dans toute codification véritable - laissons ici la codification administrative - une grande puissance d'abolition. Et peut-être, la codification porte-t-elle au paroxysme le fait que, comme l'écrit Lavelle, il y ait "dans notre conscience un pouvoir d'abolir qui est comparable à un pouvoir de créer". Et le philosophe ajoute: "Il nous rend la présence de ce qui est en nous retirant la présence de ce qui n'est plus".

Le progrès de l'analyse révèle pourtant chaque jour davantage - qu'il s'agisse justement des codifications du passé et pas seulement de celles du temps présent - l'existence d'un irréductible courant de continuité dans le droit. Le droit a horreur du vide. Et le souci de continuité se manifeste de diverses manières: dans l'espace, lorsque les accidents de la politique et de l'histoire provoquent des déplacements de frontières, des annexions, des accessions à l'indépendance; le droit antérieurement applicable sur le territoire considéré a une tendance naturelle à y subsister, fût-ce pendant une période éphémère, ce qui évite les déséquilibres inhérents

aux "solutions de continuité". Or, ce qui est vrai dans l'espace l'est aussi dans le temps.

Le passé explique le présent. En droit comme ailleurs, il lui est consubstantiel. Même lorsqu'il voulut, à la fin du siècle dernier, jeter par-dessus bord la méthode exégétique et préconisa le recours à la libre recherche scientifique, Gény reconnut bien qu'il convenait de réserver dans ce cadre une place importante au donné historique. A fortiori convient-il d'admettre que, malgré des transformations profondes de notre société et de ses besoins, la jurisprudence a toujours voulu maintenir un lien formel avec des textes incontestablement vieillis afin qu'il serve de véhicule à toutes ses innovations.

Beaucoup plus qu'autrefois, on est convaincu que le passé explique le présent, y compris dans les codifications les plus célèbres et les plus exemplaires. Décrivant l'influence des courants historiques, économiques, religieux, les sociologues relèvent notamment, au sujet du Code napoléon, une "force des existants législatifs" (Carbonnier) se manifestant notamment par l'imitation naturelle des modèles antérieurs et par la constation du faible rôle de l'invention dans le droit, y compris en période de codification. En ce sens, il existe partout une singulière force des précédents. Ce qui caractérise peut-être surtout notre temps, c'est une conscience de cette puissance irréductible et même, dans le cadre de l'élaboration des règles nouvelles, une prise en compte du passé et de ses influences - isolées ou non, contraires ou convergentes, centripètes ou centrifuges - dans une symbiose plus satisfaisante du fait et du droit, du passé rejeté vers le fait, mais servant de support indispensable au droit qui se projette dans l'avenir.

La prévision semble être de l'essence du droit. L'article 2 du Code civil français, texte important, est ainsi rédigé: "La loi ne dispose que pour l'avenir: elle n'a point d'effet rétro-actif". En commentant ce texte, on insiste, bien entendu, sur le rejet de la rétroactivité, sous ses diverses formes, larvées ou non, sournoises ou non. Et l'on souligne notamment que la loi ne concerne donc que l'avenir. Mais on peut creuser davantage et se désintéresser momentanément des composantes négatives de l'expression. Avant même d'observer que

la loi ne dispose que pour l'avenir, il est essentiel de remarquer qu'elle dispose pour l'avenir. Et cette volonté est encore plus affirmée quand il y a codification, à tel point que pour un auteur - et non des moindres -, le chancelier Daguesseau, "il n'est point de code qui ne renferme le voeu de la perpétuité".

Reste précisément à savoir, de nos jours, si un code est un moyen fiable de disposer pour l'avenir, s'il est même une bonne hypothèque sur l'avenir. On peut être tenté de répondre: non, si les juristes et même plus largement - pour employer une formule douteuse - les usagers du droit l'ignorent ou le refusent; oui, si les uns et les autres le connaissent et l'acceptent. Tout dépend alors, dans cet ordre d'idées, des règles et des comportements, de la connaissance de l'avenir tout d'abord, de son acceptation ensuite.

Sa connaissance? Elle est difficile, peut-être impossible. On connaît les mésaventures et les déceptions de tant de formes de la prévision, spécialement dans l'univers des sciences sociales ou des sciences humaines. L'analyse est, en la matière, d'autant plus malaisée qu'il y a aussi, dans ces vastes domaines de la pensée et de l'action, une tendance naturelle à absorber le futur dans le présent et à confirmer constamment le théorème de la prédiction créatrice, que nous devons à Thomas: quand les hommes considèrent les situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences.

Le droit, tout particulièrement, veut ramener le futur au présent. L'acte juridique - bien entendu - anticipe; mais, dans sa pureté, il n'a pas d'existence en dehors du présent dans lequel il s'insère; or la codification est un acte juridique, une imposante déclaration de volonté législative. D'où une sorte de contradiction entre une volonté de gouverner l'avenir qui se déclare dans le présent. La longue histoire des déconvenues de la codification est sans doute due, pour une part qui est loin d'être négligeable, à une insuffisante connaissance de l'avenir.

N'exagérons pourtant pas. Les limites de l'esprit humain sont ressenties depuis longtemps. On cite constamment Portalis, auteur de référence s'il en fût, pour les rappeler. Reste que, depuis son Discours préliminaire, l'analyse a progressé. En ce sens, la conscience

du rôle du temps dans le droit s'est améliorée sous l'effet d'une triple influence. Celle de l'expérience tout d'abord. L'analyse sociologique a montré quelles étaient les forces de résistance au renouveau, les dysfonctions et les effets pervers de certaines règles. On sait notamment quels furent les effets d'une protection excessive des biens des mineurs, dissuadant les tiers de contracter avec eux, du moins à un prix équitable. De la sorte, on prévoit mieux aujourd'hui la forme et la portée possibles des incitations, des incidences, des réactions, des abstentions. Et tout cela rejaillit sur le processus de codification et les résultats qu'on peut raisonnablement en attendre.

Autre influence: celle de la réflexion, elle aussi améliorée à la faveur des progrès de la pensée juridique. Car l'on sait mieux que par le passé quels sont les facteurs les plus fiables de la réussite et à quel point sont divers les chemins de la connaissance, les agents de transmission du nouveau message, les véhicules innombrables du progrès. Les réflexions suscitées par la réception des règles et des systèmes, en droit comparé mais aussi en sociologie juridique, ont puissamment contribué à cette évolution bénéfique. Dans l'histoire de l'humanité, il semble que l'influence des courants intellectuels ait été au total plus durable que celle des épées. C'est Napoléon lui-même qui l'a dit. Il croyait qu'"il n'y a que deux puissances dans le monde, l'épée et l'esprit, et qu'à la longue, l'épée sera toujours vaincue par l'esprit". Sans nécessairement partager cet optimisme final, ni croire, qu'en tous points, le droit ne relève que de l'esprit, on peut bien exalter ici tout de même l'influence bénéfique des troubadours, des universitaires, des savants.

Et puis, troisième influence... C'est celle, aujourd'hui, du désir. Car notre époque singulière est celle où l'on veut connaître sans cesse davantage, tandis que s'éloigne la simplicité du présent et la certitude du proche avenir juridique. Qui peut être en mesure de satisfaire ce besoin? Une certaine recrudescence des nécessités de la codification tient au désir d'une éducation améliorée et rendue plus permanente. Une éducation de qualité, voilà ce qu'on réclame, sans se contenter du message journalistique ou du courrier du coeur juridique. Force est de reconnaître que, dans une large mesure, ce besoin n'est pas satisfait au sujet des lois isolées. Que dire alors dans l'hypothèse de la codification!

Au reste, tout cela ne suffit pas... ou ne suffirait pas. Car s'il est nécessaire de connaître l'avenir, il faut, de surcroît, l'accepter, en droit comme ailleurs, ce qui implique une amélioration des moyens d'adaptation des règles et des comportements juridiques aux exigences juridiques des temps futurs, une amélioration des calculs prévisionnels et de la prospective juridique, un perfectionnement des moyens de capter les faits prévisibles dans le droit déjà prévu, afin de mieux apprivoiser le devenir juridique. À quoi il faut ajouter une constante prise en considération de la distinction des rôles et des statuts dans l'approche sociologique des règles de droit. La réussite des codifications en dépend.

Cette dimension temporelle qui nous a accompagné ici est inséparable de tout ce qui, dans le droit, résulte des mouvements de la vie et sert à exprimer ceux-ci, disons même de la houle qui soutient et soulève chaque société. Les règles de droit sont un peu comme les vagues de la mer. Et c'est pourquoi il y a quelque chose d'extravagant dans l'entreprise de codification. Mais la contradiction n'est qu'apparente. Elle se dissipe si l'on observe que la vie, c'est le mouvement et que le salut de l'homme dépend dans une large mesure de la manière dont il oriente ce mouvement. Un code revêt alors une signification particulière, non pas vaine, mais utilitaire au sens élevé de ce mot. Un code n'est pas un point d'aboutissement, un point qui se voudrait final. Le résultat qu'une société attend d'un code, de son code, ce n'est pas le détachement, c'est l'action relancée, c'est le triomphe sur le temps. Ce triomphe que l'on peut considérer, en s'inspirant du poète, comme celui de "l'homme immortel au foyer de l'instant". Cet homme entend l'Histoire. Et elle lui dit "Écoute plutôt ce battement rythmique que ma main haute imprime, novatrice, à la grande phrase humaine en voie toujours de création. Il n'est pas vrai que la vie puisse se renier elle-même. Il n'est rien de vivant qui de néant procède ni de néant s'éprenne. Mais rien non plus ne garde forme ni mesure, sous l'incessant afflux de l'être" (Saint-John Perse).

M. A. Morel :

Notre deuxième conférencier est monsieur Alain-François Bisson, professeur à la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il est actuellement sous-ministre associé de la Justice, à Québec, et directeur général des Affaires législatives.

M. Alain-F. Bisson :

J'aurais voulu aussi avoir une citation orientale, sinon japonaise, pour évoquer la situation de celui qui est parmi les derniers à parler. Tant de choses de qualité ont été dites, en effet, et bien dites, que l'intérêt de ce que l'on avait soi-même à dire devient assez douteux. Par ailleurs, la tentation peut être forte de profiter de cette situation défavorable sur la grille de départ pour répondre aux orateurs précédents sur des points sur lesquels ils n'auront plus le loisir de se défendre. L'honnêteté veut, dans ces circonstances, que l'on maintienne tout simplement ce que l'on croyait avoir à dire.

Il n'est pas évident qu'un nouveau code doive contenir du droit nouveau. Devant le législateur qui entreprend une codification, que celle-ci soit d'ailleurs originale ou nouvelle, deux voies principales s'ouvrent.La première est celle de la mise ou de la remise en ordre du droit existant : ce fut celle que l'on demanda essentiellement, comme le disait mon collègue Morel à l'instant, aux Codificateurs québécois de 1857 d'emprunter, encore que leur mandat leur laissât quelque latitude pour proposer des nouveautés. La seconde voie est celle de l'innovation ou, en tout cas, de la rénovation, du remaniement substantiel.

Sur ce choix fondamental, la loi québécoise du 10 février 1955 concernant la révision du Code civil(1) n'était pas très claire. Si son préambule parlait bien d'une révision générale du Code civil, c'était, disait cette loi, pour améliorer la coordination de celui-ci et y faire les mises au point opportunes, et son dispositif évoquait plus la remise en ordre que la franche innovation. Une loi du 18 mars 1960(2) vint préciser de façon incidente que le but visé était la préparation d'un projet définitif de nouveau Code civil. Du même coup, elle se trouvait à répondre à une seconde question : dès lors qu'il a été décidé de procéder à une révision générale, cette révision doit-elle emprunter l'habit du Code civil existant, quitte à lui faire subir des déformations ou à y apporter des retouches, voire des transformations, ou bien doit-elle se réaliser dans un code tout neuf, taillé à la mesure du corps de règles nouvelles?

La loi de 1960 a choisi le code tout neuf. C'est pourtant vers une révision à l'intérieur du Code existant que, parallèlement aux travaux de l'Office de révision du Code civil, le législateur a paru, un temps,

se diriger sous la pression des besoins ; retranchant ici, remplaçant massivement là, tantôt renumérotant les articles, tantôt les décimalisant, ajoutant finalement une centaine d'articles au dernier titre du Code civil du Bas-Canada, ce qui a entraîné un déplacement correspondant de ses dispositions finales, ce qui n'avait pas d'importance car elles dormaient là, ignorées de la plupart des juristes depuis 107 ans.

Mais les intentions un peu incertaines peut-être des lois de 1955 et de 1960 se sont trouvées fortifiées par deux événements importants. D'abord le dépôt à l'Assemblée nationale, le 20 juin 1978, du Rapport de l'Office de révision du Code civil, rapport dont il n'est pas indifférent de noter qu'il se présente sous la forme d'un avant-projet complet de Code civil, résolument réformiste sous de nombreux aspects, fournissant, donc, du même coup, à la législature un plan d'ensemble et des propositions de droit nouveau sur quoi exercer sa réflexion et, bien entendu, son pouvoir souverain de discussion.

Le deuxième événement est évidemment l'adoption par l'Assemblée nationale, le 19 décembre 1980, de la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille(3). Ce titre indique, et le préambule de la loi le confirme, trois volontés : celle d'instituer un nouveau Code civil du Québec, celle de réformer le droit civil, celle de commencer par le droit de la famille. La réforme du Code civil sera donc globale, certes, quant à son enveloppe et quant à son contenu, conformément à ce qui avait été souhaité, mais elle se réalisera par grandes étapes. Cette décision qui s'écarte des ambitions primitives peut se réclamer de bons motifs : la nécessité d'abord de répondre aux réclamations pressantes de nombreux milieux quant à la modernisation du droit de la famille ; l'opportunité ensuite de réaffirmer solennellement, et sans tarder, l'attachement présent et futur du législateur à la codification, à l'encontre de ceux qui tirent volontiers argument du vieillissement du Code actuel et de son allure, avouons-le, un peu rafistolée, pour se résigner, voire pousser à l'éclatement du droit civil en une poussière d'unités législatives indépendantes et, par conséquent, à la mort du système de droit civil comme façon de concevoir, d'exprimer et d'interpréter le droit ; l'avantage encore qu'il y a à permettre une digestion progressive de réformes aussi substantielles ; l'impossibilité, enfin, de procéder très rapidement à une adoption et à une mise en vigueur de l'ensemble, étant donné les difficultés très inégales des propositions soumises à l'appréciation des centres de décision gouvernementaux et parlementaires, soit, notamment, que

certaines des réformes proposées supposent la mise en place préalable ou concomitante d'imposants dispositifs matériels et administratifs, soit que d'autres propositions reposent sur un bouleversement des concepts et des techniques qui, par ses incidences non seulement juridiques, mais aussi, dans certains cas, économiques et sociales, requiert manifestement une seconde réflexion, quelque considérable et sérieuse qu'ait déjà été la première.

Une telle décision de procéder par étapes, si bons qu'en soient les motifs, ne va pas évidemment sans quelques inconvénients. Tenons-nous-en au plus visible, qui est à la fois l'expression et la cause de tous les autres, c'est que voici le Québec doté, pour quelque temps, de deux Codes civils. À défaut de trouver la situation idéale, se consolera-t-on à la pensée que le cas n'est pas unique en législation contemporaine. Sauf erreur en effet, la France a possédé pendant quelques années deux Codes de procédure civile dont les articles se chevauchaient joyeusement. On se désolera tout de même de cette reconstruction par quartiers. Mais l'essentiel n'est-il pas d'avoir des volontés(4) fermes et, pour reprendre une image du doyen Cornu, "un bon plan d'urbanisme"?. Or, nous avons le Rapport de l'Office de révision du Code civil dont le gouvernement n'a pas désapprouvé le plan d'ensemble. Nous avons aussi une réponse ferme aux deux questions que nous nous posions tout à l'heure : il y aura un nouveau Code et il sera de droit nouveau.

C'est de l'insertion, dans le droit existant et dans l'existence quotidienne, de ce droit nouveau qu'il faut dire quelques mots. À vrai dire, nous en parlons déjà depuis quelques minutes puisque c'est parler d'insertion que de mesurer, ne fut-ce que très généralement, la difficulté de toute entreprise de révision générale d'un Code civil. Mais peut-être convient-il de tirer avantage de l'expérience encore toute chaude de la loi du 19 décembre 1980 pour préciser certaines des conditions auxquelles et dans lesquelles s'opère une telle insertion. Ces conditions sont évidemment affaire de langage et de valeurs, mais on se contentera, ici, de les ramener à deux modestes propositions qui ne contredisent pas, je pense, l'exposé que vient de faire le professeur Terré : l'insertion d'un nouveau droit, cela se prépare ; l'insertion d'un nouveau droit, cela s'exécute.

L'effet de surprise constitue quelquefois une bonne stratégie législative. De façon générale, cependant, la bonne insertion d'un droit nouveau suppose une

préparation plus ou moins longue des esprits. La chose n'évoque pas forcément la propagande et l'endoctrinement, mais plutôt la réunion d'un ensemble de faits, de précédents et de discussions rendant vraisemblable la législation alléguée.

Quant aux faits qui sont révélés par les compilations statistiques ou les enquêtes sociologiques, on n'y insistera pas ici outre mesure, leur portée, quant à l'établissement des politiques législatives, ayant déjà été abondamment illustrée et discutée ailleurs. Le Québec n'a eu, jusqu'ici, que modérément recours à ces instruments. Ce n'est pas dire, cependant, qu'il n'ait pas disposé, sur de nombreux points, des données suffisantes à l'instruire de ce qu'il lui fallait. Ainsi, des enquêtes indiquaient une désaffection de plus en plus marquée des nouveaux couples à l'égard du régime de communauté de biens. Des données statistiques, contrairement à l'opinion commune, même des juristes, car les juristes ont quelquefois des sentiments plus que des certitudes scientifiquement vérifiées, révélaient la vivacité de la séparation de corps, en fait plus d'une séparation de corps pour quatre divorces. Pour une institution prétendument en désuétude, c'est vraiment beaucoup. Ces éléments d'appréciation, joints à d'autres, ont porté le législateur à penser que la population serait disposée à accepter l'abandon de la communauté comme régime matrimonial réglementé par la loi et, inversement, le maintien de la séparation de corps comme solution des conflits conjugaux.

Mais les espoirs d'insertion du droit nouveau ne sauraient dépendre entièrement de simples constatations de fait. Il y a, sans doute, beaucoup plus à attendre de l'influence, plus ou moins profonde, que peuvent exercer sur les esprits les précédents juridiques et les discussions publiques.

Quant aux précédents juridiques, c'est un lieu commun en philosophie de la codification qu'il n'existe pas de table rase. La nature des choses, la pérennité de certains raisonnements commandent la permanence de bien des institutions. L'esprit juridique le plus innovateur ne peut modifier, tout au moins sensiblement, je pense, la durée moyenne des grossesses. Le concept de domicile, la technique des présomptions, la distinction du droit et du fait, autant de choses qui ne sont guère renouvelables, tout au moins dans leur essence, et qui, de fait, n'ont guère été renouvelées. Aussi s'il y a, dans un nouveau Code, pour reprendre les heureuses expressions de

M. Paul-André Crépeau(5), certaines transformations radicales du paysage et quelques changements de décor, ce sont les lieux familiers qui abondent.

Mais, au-delà de ces données fondamentales, l'insertion du droit nouveau est facilitée, si l'on se place au plan des règles et des solutions, par la préparation du terrain opérée par l'ancien droit, et la législation et la jurisprudence antérieures récentes.

Quant à l'ancien droit, ce n'est pas seulement constater tout ce que le nouveau Code contient de dispositions anciennes dans un langage demeuré parfois presque inchangé, et donc familier ; c'est constater surtout que l'ancien droit était souvent gros de solutions nouvelles qu'il n'avait pu toujours mener complètement à terme, empêché qu'il en était moins par son esprit quelquefois que par sa lettre. Madame Madeleine Caron a pu montrer, d'une façon que je crois convaincante, la mesure importante dans laquelle le Code civil de 1866 a été un instrument de protection des droits et libertés de la personne, notamment par sa conception extrêmement large de la responsabilité civile(6) ; comment il a pavé le chemin à la Charte des droits et libertés de la personne(7) de 1975 ; comment celle-ci, à son tour, notamment par son esprit égalitaire, a ouvert la voie au nouveau Code civil, instrument tout indiqué et privilégié de concrétisation des idéaux que proclame la Charte.

Pour être honnête, toutefois, et s'agissant du droit de la famille, ce sont surtout la législation et la jurisprudence récentes, par leurs intentions réformistes, mais, aussi parfois, par leurs insuffisances mêmes, qui ont préparé la population à recevoir le droit nouveau.

Des travaux aussi importants que ceux de révision d'un Code civil ne se mènent pas sans que quelque chose de ces travaux, avant même leur aboutissement, passe dans le sang social. C'est ainsi qu'en une quinzaine d'années, le législateur avait proclamé la pleine capacité de la femme mariée(8), modernisé le droit de l'adoption(9), instauré le mariage civil(10), fait de la société d'acquêts le régime matrimonial légal(11), permis la légitimation des enfants adultérins, rapproché la condition des enfants naturels de celle des enfants légitimes(12), substitué l'autorité parentale à la puissance paternelle(13). Le Code de 1980 a repris ces acquis en les amplifiant encore parfois ou en en corrigeant certaines lacunes. Le nouveau Code en paraît, évidemment,

moins nouveau, mais l'insertion du nouveau droit s'en trouve d'autant facilitée.

La jurisprudence elle-même s'était, parfois, laissé gagner par cette ambiance innovatrice. C'est un phénomène constaté dans les pays les plus divers, au Québec et ailleurs, que celui de la jurisprudence prospective. On juge en interprétant le droit présent à la lumière du droit futur. Parce que la multiplication des séparations et des divorces avait bouleversé l'environnement ancien des filiations, des juges avaient, plusieurs années avant la loi de 1980 et avant que celle-ci n'en fît une solution officielle, permis à l'amant, en l'absence de titre et de possession d'état conforme, de faire valoir éventuellement ses droits à l'égard de l'enfant et ceci, à l'encontre de la présomption de paternité du mari. Certains collègues les avaient désapprouvés ouvertement ; la doctrine s'était partagée entre l'indulgence et la férocité ; au vrai, malgré l'ingéniosité de certains arguments, la déformation, si ce n'est la violation, des textes était manifeste et le procédé assez imprudent. Mais peu importe, le régime audacieux des preuves de la filiation dans le nouveau Code civil n'a pas, comme on le voit, dans certaines de ses parties, le piquant de la totale nouveauté.

D'ailleurs, ce que l'activité législative ou judiciaire antérieure n'a pas préparé à recevoir a pu être apprivoisé dans une certaine mesure par les discussions publiques. La discussion publique, en effet, éclaire violemment certains pans de la législation proposée et en laisse d'autres étonnamment dans l'ombre. Mais si elle est abondante, des courants s'en dégagent, indiquant ce qui semble bien être, par endroits, des lignes de résistance et, en d'autres endroits, au contraire, des lignes d'acceptation et, par conséquent, de meilleure insertion du droit nouveau.

La discussion parlementaire en particulier, par la dynamique qui lui est propre et dont on est généralement plus enclin à souligner les défauts que les vertus, peut être un puissant révélateur des bornes à l'intérieur desquelles le codificateur, pour reprendre les expressions de Planiol(14), s'efforcera de faire oeuvre aussi impersonnelle et non tendancieuse que possible et par conséquent, oeuvre raisonnablement durable. La Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille a subi cette longue épreuve de la discussion publique. Les dispositions de l'avant-projet de Code civil, quoique largement maintenues, si l'on veut bien y

regarder de près, dans leurs lignes principales, en sont sorties parfois passablement transformées, certains diront peut-être défigurées, mais marquées du sceau de la légitimité parlementaire. Les travaux des légistes du gouvernement, c'est-à-dire des légistes des deux maisons chargées de contrôler ou de préparer les lois de l'ensemble du gouvernement, la Direction générale des affaires législatives et le Secrétariat du Comité de législation du Conseil exécutif, les travaux donc des légistes du gouvernement et le processus de décision ministériel, interministériel et gouvernemental ont été, en effet, encadrés par de longues séances de la Commission permanente de Justice. Une Commission parlementaire préliminaire a eu pour objet de recueillir les observations des groupes et des individus intéressés sur l'avant-projet de révision du Code civil.Plus d'une trentaine de mémoires représentant un éventail très large d'intérêts et d'opinions y ont été présentés et défendus par leurs auteurs. Analysés en détail, complétés par d'autres qui n'ont cessé d'affluer au ministère de la Justice jusqu'à la veille de l'adoption de la loi, et même à son lendemain, ces mémoires ont été pris en considération dans l'élaboration du Projet du gouvernement, lequel a été soumis, comme tout projet de loi, à l'épreuve d'une commission parlementaire de deuxième lecture. Discussions entre élus, cette fois-ci, sensibles comme il est normal aux représentations de leurs mandants, elles ont abouti, sur amendements proposés par le gouvernement ou par l'opposition, à des remaniements parfois substantiels, notamment au Titre Du divorce, qui a été entièrement remanié, quant aux causes de divorce en particulier.

Tels sont, très sommairement exposés, quelques-uns des facteurs principaux, envisagés sous l'angle des sources du droit nouveau ou sous celui des étapes conduisant à son adoption, qui sont de nature à préparer l'insertion du droit nouveau.

Ce serait, toutefois, entretenir des illusions que de prétendre que tout est dit parce que l'on retrouve des parties substantielles du droit antérieur dans le droit nouveau ou parce que les orientations du droit nouveau et un certain nombre de dispositions proposées ont été abondamment décantées, discutées et soumises à la consultation. L'insertion du droit nouveau dépend aussi des mesures tangibles que le législateur et le gouvernement auront prises pour sa mise à exécution.

Ces mesures peuvent se placer sous le double signe du langage et de l'information.

Le langage, c'est d'abord la langue même de la réforme. À cet égard, un langage juridique simple, aussi éloigné de l'imprécision vulgaire que de l'hermétisme technocratique ou pis encore du techno-populisme auquel monsieur Terré faisait allusion, est susceptible de favoriser l'implantation du droit nouveau. Le Projet du gouvernement n'a pas désavoué le parti pris d'austérité du Rapport de l'Office à cet égard. Le résultat d'ensemble donne peut-être une certaine impression de sécheresse, mais on trouvera çà et là des formules et des élégances qui sont dignes d'habiter la conscience juridique d'un peuple. Les latinismes, plus gênants par leur fréquence d'utilisation que par leur nombre réel qui avait été exagérément grossi, ont été systématiquement supprimés. Il n'est guère subsisté que le tuteur ad hoc et, s'il n'a pas fait place à un tuteur spécial, c'était surtout pour ne pas préjuger de la terminologie future du droit des tutelles.

Mais le langage, c'est aussi l'ensemble des signes par lesquels le législateur manifeste la manière dont il entend que son oeuvre soit insérée dans le tissu social et le droit existant. Cette manière, à vrai dire, peut osciller entre la gêne et la brutalité. Une harmonisation à la fois ferme et polie leur est de beaucoup préférable.

Une codification réformatrice ne va pas, généralement, quoiqu'il n'y ait là rien d'obligé, sans un certain nombre de ce que l'on a pu appeler des transferts de droit(15). Certains se situent plutôt au plan de la règle de détail et sont assez facilement assimilables ; d'autres, qui se situent plutôt au plan de l'économie générale du système, posent plus de problèmes. On n'en donnera, ici, que l'exemple de la prestation compensatoire. Le mot a été emprunté, avec toutefois une coloration différente, au nouveau droit français du divorce. La chose a été suscitée par l'émoi contagieux qu'ont provoqué, outre frontières provinciales, les injustices causées par l'absence de véritables régimes matrimoniaux en système de common law. Je n'en dirai pas davantage, mais on comprendra les formules insistantes du nouveau Code civil du Québec, formules destinées à circonscrire le champ d'action libre de la prestation compensatoire, au cas où le régime matrimonial et le contrat de mariage ne procurent pas déjà des avantages satisfaisants.

Il s'agit là de tentatives d'harmonisation à l'intérieur du nouveau Code lui-même. Celui-ci doit, à son tour, être harmonisé avec le Code civil existant,

encore en vigueur en grande partie, et avec la législation connexe. Cette harmonisation s'est faite systématiquement en faveur du droit nouveau, notamment en rapport avec trois des idées principales de la réforme : l'égalité absolue des époux, l'absence de discrimination entre les sexes, l'abolition de toute distinction entre enfants légitimes et naturels. L'harmonisation qui n'a pu être faite dans la loi de 1980 le sera dans une loi déposée en première lecture au mois de juin dernier, et destinée à réglementer plus en détail, à assouplir et à humaniser autant qu'il est possible de le faire les procédures familiales, conformément à l'esprit de la réforme. On voit ainsi le nouveau Code civil reprendre un certain rôle de commandement dans les orientations générales de la législation.

Il est arrivé, cependant, que l'harmonisation se fasse exceptionnellement en faveur du Code civil existant, notamment, lorsque certaines modifications terminologiques ou techniques proposées par l'Office de révision du Code civil auraient supposé que l'on prenne d'avance position sur certaines réformes à venir, spécialement dans le domaine du droit des obligations et du droit des personnes.

Une harmonisation ferme et polie appelle aussi des dispositions de droit transitoire. Le droit transitoire est un des principaux langages de l'insertion. Première politesse du législateur ; l'absence de dispositions rétroactives. Mais la simple application immédiate de la loi nouvelle peut encore être jugée trop énergique ; de là, la présence, dans la loi de 1980, d'un nombre assez inusité en législation québécoise de dispositions transitoires. Tout en partant du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, éminemment favorable à l'insertion rapide du droit nouveau, le législateur s'est gardé de toute brutalité inutile. C'est pourquoi il a opté, dans plusieurs cas, pour un affaiblissement graduel du droit ancien. Il en est ainsi, par exemple,pour la communauté de biens à laquelle restent soumis les époux mariés sous ce régime, régime qui, à l'avenir, pourra être encore choisi et organisé contractuellement, mais l'encouragement législatif fait désormais défaut. Ainsi encore, l'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants ayant été supprimée, les ordonnances alimentaires déjà prononcées continuent à produire leurs effets mais ne sont plus révisables à la hausse. Enfin, c'est encore parler de droit transitoire que de constater, conformément à l'obligation qui en avait été faite par le législateur, que le gouvernement n'a mis la réforme en vigueur que plus

de trois mois après l'adoption de la loi par l'Assemblée nationale, délai qui ne paraît pas excessif, eu égard à l'ampleur des nouveautés à faire passer dans les moeurs et dans la pratique.

Mais c'est déjà aborder notre dernier point, qui est celui des mesures d'information. Le temps en est une, mais ce n'est pas suffisant.

Quelque longue qu'ait été la durée d'application du droit ancien, certaines de ces dispositions sont demeurées mal comprises, voire ignorées. Et voici qu'à peine mis en vigueur, le droit nouveau s'entoure déjà de légendes. Combien de femmes, - mais il faut dire que les administrations publiques et privées ne firent rien, pendant longtemps, pour les en détromper -, combien de femmes, sous l'empire du Code de 1866, n'ont-elles pas cru que porter le nom de leur mari était non seulement pour elle un droit mais aussi une obligation? Et combien d'époux, au lendemain de la réforme de 1980, n'ont-ils pas cru que la déclaration de résidence familiale les rendait copropriétaires de cette même résidence? Sur le nom de la femme mariée, le nouveau Code n'apporte pas beaucoup de neuf. Sur la résidence familiale, il ne va pas aussi loin que l'on croyait. Quelle est la part exacte de l'innovation dans le nouveau Code? Quelle en est véritablement la portée sur ces questions? Les efforts d'information à faire sont considérables. Ils ont été faits ; congrès, rencontres, séances d'information se sont succédés sur l'initiative d'universités, de groupes d'intérêts et d'organismes professionnels, et le calendrier en est encore fort chargé pour les prochains mois. Le gouvernement et ses organismes n'ont pas été en reste. La direction des communications du ministère de la Justice, en particulier, a mis sur pied et a déjà largement réalisé un ambitieux programme d'information s'adressant à une clientèle très diversifiée et utilisant les moyens les plus divers, de la brochure à la conférence de presse en passant par la tournée d'information régionale et les émissions de radio et de télévision.

Ce n'est pas oublier ni diminuer l'importance des citoyens à qui la loi s'adresse que de penser, toutefois, que l'insertion du droit nouveau repose finalement sur le monde juridique. De son acceptation dépend la réussite de l'innovation. Pas d'insertion sans l'oeuvre d'interprétation et de réflexion de la pratique et de la doctrine. Le rôle des juges est important devant des dispositions qui, sans contradiction avec la tradition civiliste, leur laissent beaucoup à conclure et à

apprécier. Le rôle de la doctrine est, quant à lui, capital. Je dis cela à un moment où l'on vient de dire beaucoup de mal d'elle, notamment dans un article intitulé "La mission de la doctrine universitaire en droit privé"(16), et qui n'est pas plus passé inaperçu de ce côté-ci de l'Atlantique que de l'autre. Négligeant ses premiers devoirs, l'ambition folle serait venue à la doctrine d'être pratique, se rendant par là-même inutile aux praticiens eux-mêmes. Mais ce sont certainement là des calomnies et il faut espérer que l'on puisse compter sur la doctrine pour remplir son rôle de fournisseur des viatiques entre la règle et la solution.

Ainsi, l'insertion du droit nouveau n'est pas une mince affaire. Encore convient-il de remarquer que cette insertion ne finit peut-être jamais. Ce n'est pas mépriser le droit et la vie que de constater l'ambiguïté de leurs rapports ; la façon dont sont vécus les régimes matrimoniaux en est un exemple classique. Mais je m'arrête là, monsieur le Président, avant d'entamer en quelque sorte le contre-sujet de celui qu'on m'avait demandé de traiter.

1. Voir L.Q. 1955, chap. 47.

2. Voir L.Q. 1960, chap. 97.

3. Voir L.Q. 1980, chap. 39

4. "La lettre du Code à l'épreuve du temps", in Mélanges offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p. 175.

5. Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. off. du Québec, 1978, vol. I, p. XXX.

6. Voir M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne", (1978) 56 R. du B. can. 197.

7. Voir L.Q. 1975, chap. 6.

8. L.Q. 1964 chap. 66.

9. L.Q. 1980 chap. 39.

10. L.Q. 1968 chap. 82 et 1980 chap. 39.

11. L.Q. 1969 chap. 77 ; 1980 chap. 39.

12. L.Q. 1970 chap. 62 ; L.Q. 1980 chap. 39.

13. L.Q. 1980 chap. 39.

14. "Inutilité d'une révision générale du Code civil", in Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire, t. 2, Paris, Rousseau, 1904, p. 960.

15. Jean Gaudemet, "Les transferts de droit", L'Année sociologique, vol. 27. 1976, p. 29 et s.

16. Christian Atias, J.C.P. 1980. I. Doctrine 2999.

SÉANCE PLÉNIÈRE-CODIFICATION : LE RÔLE DU JUGE

présidée par Monsieur le juge **Jacques Dugas**
de la Cour supérieure du Québec

Conférenciers : Monsieur **Walter Van Gerven,** Louvain
Monsieur **Mack E. Barham,**
Nouvelle-Orléans

SÉANCE PLÉNIÈRE

présidée par

Monsieur le juge J. Dugas, de la Cour supérieure du Québec

CODIFICATION : LE RÔLE DU JUGE

M. J. Dugas :

1. L'Exode raconte qu'un jour Moïse s'assit pour rendre justice au peuple. Son beau-père s'en étonna et lui dit:

> "La tâche est trop lourde pour toi ; tu ne pourras l'accomplir seul. Instruis [le peuple] des décrets et des lois, fais-lui connaître la voie à suivre et la conduite à tenir. Mais choisis-toi, parmi tout le peuple, des hommes capables, craignant Dieu, sûrs, incorruptibles, et établis-les [sur eux] comme chefs de milliers, chefs de centaines, chefs de cinquantaines et chefs de dizaines. Ils jugeront le peuple en tout temps. Toute affaire importante, ils te la référeront et toute affaire mineure, ils la jugeront eux-mêmes. Allège ainsi ta charge et qu'ils la portent avec toi(1)."

Le Livre Saint proposait déjà une séparation des pouvoirs : à l'autorité suprême, les décrets et les lois ; à l'exécutif, de faire connaître la voie à suivre et la conduite à tenir ; aux juges, la charge de justice ...dans les affaires mineures.

S'il fallut attendre Montesquieu pour que s'impose la théorie de la séparation des pouvoirs, et la Révolution française pour qu'on tente d'en faire un dogme, il fallut beaucoup moins de temps pour voir les juges dépasser le rôle mineur que suggérait Jethro et se doter d'un pouvoir normatif et créateur.

Trop occupés à guerroyer pour faire la loi, les chefs s'en remirent aux juges pour la formuler. Jethro n'avait-il pas dit : "Allège ainsi ta charge et

qu'ils la portent avec toi". Les règles d'interprétation étaient déjà assez souples pour permettre l'équation : devoir/pouvoir. Bientôt, le pouvoir normatif et créateur apparut comme l'attribut nécessaire de la fonction.

C'est un fait historique indéniable que les juges ont ainsi précédé la loi. Trop souvent, hélas, la loi du juge restait soumise à l'arbitraire du prince qui, à son gré, répudiait la règle... ou le juge... ou les deux.

Au XVII^{e} siècle, cependant, les juges, anglais s'alliant avec le Parlement, firent reculer l'absolutisme royal et conquirent l'indépendance de la magistrature, consacrée par le Bill of Rights de 1689 et l'Act of Settlement de 1700(2).

En imposant au Roi le respect de la Rule of Law, les juges et le Parlement se sont gagnés la reconnaissance du peuple anglais. Le respect dont le peuple anglais a, depuis, entouré la fonction judiciaire fit le reste.

La common law est avant tout un droit judiciaire(3). Encore aujourd'hui, le juge du Royaume-Uni peut affirmer qu'il a conservé le pouvoir de formuler la loi. L'exerce-t-il encore? "Of course, he does!", dit Lord Radcliffe. "At common law, there is a general warrant for judicial law making", dit Lord Devlin"(4).

En Europe continentale, en revanche, les juges n'ont pas voulu ou, tout au moins, n'ont pas réussi à imposer aux princes la Rule of Law. Le peuple dut se charger de l'imposer.

Les Républicains de l'an IX tenaient pour dogmes la suprématie de la loi et la séparation des pouvoirs.

2. Nouveau maître de la France, le peuple français a réclamé la plénitude du pouvoir législatif. Il a interdit au juge de prononcer des arrêts de règlement. Mais de là à dire qu'il a voulu priver le juge de tout pouvoir normatif, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir, du moins un pas que Portalis n'a pas franchi.

En effet, dans son "Discours préliminaire au corps législatif" il s'est exprimé ainsi(5) :

> "Dans les matières civiles, il faut de deux choses l'une : ou interdire la puissance de juger, ou laisser une sorte de latitude aux juges quand la loi est obscure ou quand elle se tait ; car les matières civiles sont immenses, et la prévoyance de lois est limitée. Il est impossible d'avoir une loi pour chaque cas particulier ; il ne faut point de loi pour les cas rares et extraordinaires. La trop grande multiplicité des lois est un grand vice politique. Les lois doivent être préparées lentement et avec maturité ; il faut qu'elles soient indiquées par l'expérience. Si vous précipitez les mesures législatives, les lois accableront la société au lieu de la régler. Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois, et jamais les lois ne pourront atteindre tous les cas qui se présentent aux juges ; il faut donc laisser au pouvoir judiciaire les attributions qui dérivent de la plus impérieuse de toutes les lois, de celle de la nécessité."

Le XIX^{e} siècle, tout entier gagné aux idées positivistes et volontaristes, mit en doute la légitimité du pouvoir normatif et créateur du juge. Rejetant l'idée d'un droit naturel, le positivisme juridique ne voulut reconnaître d'autre droit que celui qui prend sa source dans un pouvoir politique(6). "Toute règle étant fondée sur une idée consciente de l'individu, l'ordre juridique ne pourra procéder que de la loi, volonté réfléchie ou du contrat, concours de volontés"(7).

Le positivisme volontariste se devait d'affirmer la plénitude du droit, c'est-à-dire que le droit tout entier est contenu dans les règles formulées. Mais ce n'était là qu'une pure pétition de principe, selon l'expression de François Gény.

C'est en faisant appel à d'autres motifs que Gény devait contester, au début de ce siècle, la légitimité du pouvoir normatif. Il s'appuya sur la constitution française et sur la doctrine de la séparation des pouvoirs qu'elle consacre et sur l'interdiction faite aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire à l'art. 5 du Code civil, complété par l'art. 127 du Code pénal. Il écrit :

"... les raisons qui nous empêchent de [...] mettre la jurisprudence moderne [...] au rang des sources formelles de notre droit privé positif... sont essentiellement d'ordre constitutionnel. À ce titre, j'estime qu'elles s'imposent sans discussion possible...

En effet, d'après les principes incontestables de notre organisation politique, principes affirmés par de nombreux textes(8), l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative. D'où résulte, que les décisions des tribunaux, de quelqu'ordre que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée. Les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou, plus généralement, de mettre en oeuvre le droit, soit exprès, soit latent. S'ils peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir. Tel est chez nous le principe absolu"(9).

"L'attitude du juge à l'égard de la loi ne s'est jamais caractérisée par la passivité", écrit M. Belaïd(10). Je ne contesterai pas!

Un siècle après la codification, il fallut bien se rendre à l'évidence : les juges avaient introduit, dans le droit positif, de véritables règles jurisprudentielles, précisé les contours de la loi, complété ou rajeuni des textes insuffisants et vieillis et proposé des règles en cas d'absence de texte.

Malheureusement, les adversaires de la thèse classique ne s'entendent pas entre eux sur le fondement du pouvoir : délégation du législateur au juge, dit M. Dupeyroux(11) ; mais une telle délégation n'existe pas, répond M. Ripert(12) ; "réception implicite de la jurisprudence par le législateur" qui, en n'intervenant pas, la confirme, propose M. Waline(13) ; pouvoir social conféré au juge par consentement des intéressés, avance M. Maury(14), "droit coutumier de nouvelle formation", suggèrent Planiol, Lambert, Lebrun et d'autres à leur suite(15). Je préfère croire, avec M. Belaïd, que le pouvoir normatif est un pouvoir inhérent à la fonction juridictionnelle; pour cet auteur "l'obligation par le juge de juger explique le pouvoir de créer le droit" et le pouvoir juridictionnel est un troisième pouvoir qui ne peut

exister sans avoir ce pouvoir normatif(16).

La thèse de M. Belaïd rejoint, ainsi, ce que disait Portalis à la fin du texte déjà cité ; en raison des lacunes de la loi écrite, le pouvoir normatif de la magistrature est une "attribution qui dérive de la plus impérieuse de toutes les lois, de celle de la nécessité".

Fort heureusement, je n'ai pas à prendre parti dans cette "querelle jamais close" qui sévit en France(17).

3. Un juge d'une Cour supérieure canadienne(18) a le pouvoir de censurer le Conseil des ministres du Canada s'il n'agit pas selon les règles d'équité, lorsque la loi lui a réservé le pouvoir de régler les différends entre les administrés et l'administration(19), a le pouvoir de condamner le Premier Ministre de sa province à indemniser la victime d'un abus de ses pouvoirs(20), a le pouvoir d'annuler les décisions des tribunaux administratifs lorsqu'ils ne respectent pas les règles de la justice naturelle(21) ou n'agissent pas équitablement (duty to act fairly)(22). Il est aussi juge constitutionnel et il a le pouvoir de casser la loi si le législateur outrepasse les pouvoirs qui lui sont conférés par la constitution(23).

Les règles qu'il applique alors, - règles de la justice naturelle, règles qui obligent les tribunaux administratifs à agir avec équité (duty to act fairly), règles relatives au pouvoir de contrôle et de surveillance - sont des règles que le pouvoir judiciaire a proclamées sans aucun support législatif(24).

Ministre de la Rule of Law, le juge d'une Cour supérieure canadienne ne saurait se dépouiller, dans le domaine du droit public, des pouvoirs que la magistrature s'est attribués au cours des siècles.

En serait-il autrement quand il agit en matière civile? Lui qui, en matière de droit public, possède des pouvoirs aussi étendus, peut-il s'en voir privé lorsque, au hasard du rôle, apparaît devant lui une affaire de droit civil?

Du point de vue du juge de la Cour supérieure du Québec, je crois à la réponse négative, parce que les arguments que l'on invoque, en France, contre le pouvoir créateur, ne se retrouvent pas ici.

A. Notre constitution n'a pas retenu le principe de la séparation des pouvoirs(25).

Le droit constitutionnel anglais, qui nous sert de droit supplétif en matière constitutionnelle comme en matière de droit public, n'a pas reçu la doctrine française de la séparation des pouvoirs.

Une nation qui permet à son Lord Chancellor de siéger au Conseil des Ministres, organe exécutif, de présider la Chambre des Lords, organe législatif, et le comité judiciaire de la Chambre des Lords, organe judiciaire, qui permet que la Chambre des Lords serve à la fois de tribunal suprême et de seconde chambre législative, n'a pas, dit le professeur de Smith, non sans humour, su apprécier les mérites de la règle(26).

À deux reprises, les juges anglais ont fait la loi, hors de tout contexte judiciaire. Le cas des Judges Rules est remarquable. En 1912, les juges s'entendirent entre eux sur les règles que devrait suivre un constable, lors de l'interrogatoire d'un prévenu, s'il voulait que la déclaration dudit prévenu soit admise en preuve. Les règles ne furent connues que six années plus tard, quand elles furent exposées dans R. v. Voisin(27). En 1929, cinq articles furent ajoutés aux quatre premiers et les règles furent publiées sous forme de circulaire du Home Office(28). En 1947, une nouvelle circulaire paraissait avec de nouvelles dispositions. Finalement, en 1964, le Home Office publiait des Judges Rules révisées(29)(30). Ces Judges Rules font aujourd'hui la loi. En 1966, le Lord Chancellor et les Law Lords annonçaient au monde juridique étonné que, dorénavant, les Lords ne se considéreraient plus nécessairement liés par leurs précédents. Ce n'est pas tant que les Lords avaient fait la loi future qui étonne le monde juridique anglais que l'annonce que les Lords renonçaient à la règle, jusque-là sacrée, du stare decisis.

Le droit public anglais n'apprécie pas les mérites du principe de séparation des pouvoirs.

B. La règle de l'article 5 du Code civil français n'a pas été reçue ici.

Nos Codificateurs n'ont pas exposé les raisons pour lesquelles ils n'ont pas reçu cette règle, mais il est facile de comprendre les motifs de l'exclusion, en référant à leur mandat (i), à l'état du droit français de 1760 et du droit public anglais de 1866 (ii) et en lisant, attentivement, l'article 11 et les autorités que les Codificateurs ont citées à l'appui de leur proposition (iii).

(i) Le mandat des Codificateurs leur enjoignait de "n'incorporer au code que les dispositions qu'ils tiendront pour être alors réellement en force et de citer les autorités sur lesquelles ils s'appuient pour juger qu'elles le sont ainsi"(31).

(ii) Quel était l'état du droit lors de la codification?

Le droit québécois a cessé de s'alimenter à la source française à compter de la capitulation de Montréal, en 1760. La nouvelle colonie se vit imposer le droit anglais et ce n'est qu'avec l'Acte de Québec de 1774, que le conquérant rétablit en matière de propriété et de droits civils(32), les lois d'avant la conquête. Mais en matière de droit public(33), la colonie a toujours été régie par le droit anglais et le pays l'est encore, car le droit indigène ne s'est guère éloigné de son modèle.

Selon que les Codificateurs considéraient la règle de l'article 5 comme une règle de droit public ou une simple règle de procédure, ils devaient la rejeter parce qu'elle était contraire au droit français de 1760 (a) et au droit anglais de 1866 (b).

a) Prenons à témoin de l'état du droit français à l'époque de la conquête, M. Pigeau qui tient pour source de droit écrit "les règlements faits par les Cours souveraines sur des points non décidés par les lois"(34).

b) Quant à l'état du droit public anglais, nous savons tous que, à l'époque de la codification, le juge anglais, dont le juge québécois possédait tous les

attributs, poursuivait la tâche de développer et d'élaborer les règles de la common law.

Il eut, donc, été contraire au droit public anglais de l'époque et contraire au droit français de 1760 de priver le juge du pouvoir normatif créateur.

(iii) Les sources qu'ont invoquées nos Codificateurs et leur très laconique commentaire sur notre article 11 sont révélateurs de leur pensée.

En rappel, d'abord - les articles 4 et 5 du Code civil français sont intimement liés. Ils ont, d'ailleurs, été présentés ensemble et étudiés, en même temps, en France. On peut alors, sans crainte d'erreur, présumer que nos Codificateurs les ont traités comme une seule et même règle, comme l'a fait leur auteur favori, Demolombe(35). Ce qu'ils ont dit, au sujet de l'article 4, et ce qu'ils en ont fait, permet de présumer ce qu'ils pensaient de l'article 5 et n'ont pas dit.

a) En présentant notre article 11, qui est l'équivalent de l'article 4, ils ont écrit :

> "La règle émise en l'article 11 est de droit commun, conforme à la jurisprudence et implicitement sanctionnée par la clause première du chapitre 82 des Statuts Refondus du Bas Canada(36)."

Le droit commun dont ils parlent c'est la common law.

b) En reprenant la règle de l'article 4, les Codificateurs ont supprimé les mots qui rendent le juge coupable d'un déni de justice s'il refuse de prononcer. Notre article se lit simplement : "Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi".

Il ne serait jamais venu à l'esprit des Codificateurs qu'un juge puisse être tenu responsable d'un déni de justice et passible de forfaiture(37). La grande charte du pouvoir judiciaire, l'Act of Settlement (1700), accorde aux juges immunité pour les actes posés dans le cours de leurs fonctions et leur assure inamovibilité.

Cette suppression témoigne que les Codificateurs de 1866 étaient sensibles au normes du droit public du Royaume-Uni relatives à la fonction judiciaire.

c) Conformément aux exigences de leur mandat, les Codificateurs ont cité les sources qui démontraient que la règle proposée était conforme au droit existant.

Nos Codificateurs ont d'abord invoqué la règle romaine, L-12, tirée du de Legibus(38). Les lois ne pouvant tout prévoir, celui qui possède la juridiction doit dire le droit : ita jus dicere debet.

Ils ont ensuite fait appel à Domat, Duranton, Favard & Toullier(39). Pour Domat, l'autorité du juge s'étend à tout ce qui devient nécessaire pour l'exercice de sa fonction. Pour Toullier, le juge est ministre de l'équité : "il est la loi parlante, lex loquens", dit-il.

d) Enfin, la référence à l'article premier du Chapitre 82 des Statuts refondus du Bas-Canada mérite qu'on y voie de plus près.

La refonte de 1861 a repris une disposition d'une loi de 1849(40). C'est la loi qui a réorganisé les tribunaux judiciaires et créé la Cour supérieure. Cette loi contenait une première ébauche d'un Code de procédure civile.

Les nouvelles règles de procédure mettant de l'ordre dans ce qui était un amalgame de remedies de common law et de voies de recours de droit civil, certains remedies et certaines voies de recours ont été éliminés.

L'article premier de la loi révisée de 1861 prévoit que si la loi nouvelle a fait disparaître le moyen procédural qui était à la base d'un recours, les juges de la Cour pourront, au moyen de règles de pratique spéciales, rétablir le moyen. N'est-ce pas, là, un pouvoir législatif? Nous retrouverons plus tard ce même article. Il nous réserve une autre surprise.

Il y a déjà soixante ans que trois juges de la Cour suprême l'ont rappelé dans l'affaire Desrosiers c. The King, sous la plume du juge Mignault qui écrivait(41):

> "Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles...
>
> Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière."

Notre article 12 se lit comme suit:

> "Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambiguïté, elle doit être interprétée de manière à lui faire remplir l'intention du législateur et atteindre l'objet pour lequel elle a été passée."

Dans son introduction à l'ouvrage de Walton, qu'il vient de traduire pour nous, M. Maurice Tancelin soutient que cet article est un véritable pléonasme en droit civil, tant la règle semble s'imposer.

S'il est vrai que l'article vient d'une loi du Haut-Canada et que l'article avait pour but de "...lutter contre l'hostilité présumée des juges contre les lois..." et contre la tendance des juges à les interpréter "d'une manière stricte, voire d'une manière restrictive, comme toute autre exception à leur droit commun, la common law"(42), il n'en reste pas moins que l'on a senti, dès 1849, le besoin de l'imposer au Bas-Canada(43). Serait-ce que la majorité des juges du temps étaient formés à l'école de la common law?

Soit dit avec respect, rien ne m'apparaît plus contraire aux valeurs et au langage du Code civil que d'assimiler le code à une simple loi de la législature. Une codification, c'est l'effort collectif d'un peuple pour faire la synthèse de son droit, par exposé systématique du droit énoncé sous forme de principes généraux énoncés brièvement dans un langage simple et facilement accessible. Rien n'est plus différent d'une loi de style anglais, fort heureusement d'ailleurs!

De Londres, au temps des colonies, il pouvait s'imposer que l'on traite de la même façon les lois de toutes les législatures de l'Empire. Mais d'Ottawa, aujourd'hui, il ne s'impose pas, qu'au temps du biculturalisme, on assimile un code à la française avec une loi à l'anglaise.

Maintenant que s'est affirmée la "souveraineté judiciaire canadienne"(44) par l'abolition des appels au Conseil privé, que la Cour suprême ne se reconnaît "pas plus liée par les jugements du Conseil privé que par ses propres jugements"(45), qu'il soit permis de souhaiter, humblement et avec le plus grand respect, que notre Cour suprême nous libère de ces deux arrêts du Conseil privé.

J'ai à cet égard les plus grands espoirs maintenant que la Cour suprême semble s'être libérée de la règle qu'elle a posée dans l'affaire Reader's Digest(46) qui, dans la lancée de la décision des Lords dans l'affaire Assam-Railway(47) avait jugé inadmissible que l'on réfère aux déclarations ministérielles qui accompagnaient la présentation d'un projet de loi.

La décision rendue dans Assam-Railways a maintenant été désavouée par les Lords dans l'affaire Black-Clawson(48) et la Cour suprême a donné son accord dans l'affaire Laidlaw(49).

Or, dans l'affaire Black-Clawson, les Lords ont déclaré qu'il était parfaitement légitime de consulter les travaux préparatoires pour connaître l'état du droit au moment de l'entrée en vigueur de la loi.

Dans un arrêt récent faisant référence à la validité du Résidential Tenancies Act, 1979, (Ont.)(50) la Cour suprême a senti le besoin de revenir sur la question des sources dont la consultation est permise lorsqu'il s'agit de déterminer les fins que poursuivait le législateur lors de la passation d'une loi et le contexte qui la rendait nécessaire(51). M. le Juge Dickson déclare qu'il n'y a pas de raisons de refuser la consultation de rapports de commissions royales d'enquête ou de comités parlementaires pertinents, quoi que la Cour ait pu dire dans l'affaire Reader's Digest(52). Mais, deux pages plus loin, il précise que l'on ne peut recourir à ces sources pour fin d'interprétation du texte d'un statute (statutory construction)(53)(54).

Aussi longtemps que l'on maintiendra que le Code civil est un statute, certains juges pourraient hésiter à consulter le Rapport des Codificateurs pour interpréter le code.

La démarche est licite - et courante par surcroît - dans les pays de droit civil ; pourquoi en serait-il autrement au Québec? Si on veut conserver au droit civil sa pureté, il est indispensable que le juge puisse recourir librement au Rapport des Codificateurs.

Si le biculturalisme a un sens, il est temps qu'on reconnaisse que le code et le statute sont les témoins de deux cultures différentes et que chacune a ses méthodes propres d'interprétation(55).

Libéré des servitudes que j'ai dénoncées, le juge québécois sera mieux en état de défendre et de promouvoir les valeurs que véhiculent notre Code civil actuelet notre Code futur.

J'invite, maintenant, monsieur le professeur Van Gerven de l'Université catholique de Louvain à vous adresser la parole.

NOTES:

1. Exode 18, 19-27 (le texte est légèrement abrégé)

2. 1 Will & Mar. C. 2, 2e Sess.; 12-13 Will C. 2, in Halsbury's statutes of England, vol. 6, p. 471, et p. 489.

3. R. David, Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre, Paris, Sirey, 1948, p. 38;

   R. Kirkpatrick, Initiation au droit anglais, Bruxelles, F. Lauzier, 1964, p. 33;

   Odgers & Odgers, The Common Law of England, 2e éd., 1920, vol. 1, p. 51;

4. P. Devlin, The Judge, 1979, p. 10:

   "In sum, in the common law, there is a general warrant for judicial lawmaking ; in statute law there is not. In the common law development is permitted, if not expected ; in statute law there must be at least a presumption that Parliament has on the topic it is dealing with said all that it wanted to say".

   Lord Radcliffe : Not in Feather Beds, 1968, p. 212 et s.:

   "In this context, there was never a more sterile controversy than that upon the question whether a judge makes law. Of course, he does, How, can he help it".

5. Le 23 Frimaire, an X (14 déc. 1801) in Locré, Législation de la France, Paris, 1827, p. 482.

6. G. Ripert, Les forces créatrices du droit Paris, L.G.D.J. (1955) p. 74.

7. Burdeau, Traité de science politique, v.t. p. 88.

8. Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 10 et 12; Constitution des 3-14 septembre 1791, titre III, chapitre V, article 3 ; Constitution du 5 fructidor an III, article 203 ; C. civ. français, article 5 ; Code pénal français, article 127, 1°.

9. F. Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1919, p. 35.

10. S. Belaïd, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 79.

11. H. Dupeyroux, Archives de philosophie du droit, 1938, "Les grands problèmes du droit", 7, à la p. 71.

12. G. Ripert, précité, supra, note, p. 382.

13. M. Waline, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", in Mélanges Scelle, t. 2, L.G.D.J., 1950, p. 613.

14. S. Maury, "Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit", in Mélanges Ripert, t, 1, L.G.D.J., 1950, p. 28.

15. M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 12 éd. ; Lambert, La fonction du droit civil comparé, I, pp. 779-802 ; Lebrun, Thèse inédite citée par S. Belaïd, à laquelle d'autres juristes se sont ralliés, V. note 1, dans S. Belaïd, op cit., supra, note 10, p. 60.

16. S. Belaïd, op cit., supra, note 10, p. 58.

17. P. Esmein, "La jurisprudence et la loi", Rev. trim. dr. civ., 1952, p. 19.

18. Il semble que la fonction du juge de la Cour provinciale est soustraite à l'application des principes généraux du droit public anglais depuis que les juges de cette cour sont nommés par le "gouvernement", Loi des tribunaux judiciaires, chap. T-16, art. 135. L'art. 135 dit que le juge exerce "toutes les fonctions de juge de la Cour provinciale qui sont requises ou autorisées par la loi". A quelle loi réfère-t-on? Le juge de la Cour provinciale ne peut invoquer les mêmes arguments qu'un juge de sa majesté pour réclamer un pouvoir normatif et créateur.

19. Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada & Al [1980] 2 R.C.S. 735.

20. Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121.

21. Teasdale et autre c. Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec, [1974] C.S. 319.

22. Nicholson v. Haldimand-Norfolk Reg. Board of Commissionners of police, [1979] 1 R.C.S. 311 ; Martineau c. Comité de discipline de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602.

23. Procureur général du Québec c. Blaikie et autres, [1979] 2 R.C.S. 1016 ; Procureur général du Manitoba c. Forest, [1979] 2 R.C.S. 1032.

24. P. Garant, Droit administratif, Montréal, 1981, p. 613.

25. Pépin & Ouellette, Précis de contentieux administratif, 4e éd., 1979, p. 49. Hogg, Constitutional Law of Canada, Toronto, Carswell, 1977, p. 129.

26. S.A. de Smith, Constitutional and Administrative Law, 3e éd, 1977, p. 35 :

"The doctrine of the separation of powers, like the rule of law, has usually been discussed as one which ought to be embodied in a system of government. But whereas commentators are almost unanimous that the rule of law (whatever it may mean) is splendid, the virtues of the separation of powers do not evoke so enthusiastic a chorus. Perhaps this is partly because the doctrine has acquired a harder core of generally accepted meaning, and because some constitutions survive adequately without relying on it for sustenance".

Wade & Phillips, Constitutional and Administrative Law, 9e éd., par Bradley, New York, 1977, p. 53 :

"In the absence of a written constitution, there is no formal separation of powers in the United Kingdom".

27. 13 Cr. App. R. 89.

28. Circular No 536053/1929, in F. Kaufman, The Admissibility of confessions in criminal matters, 3d éd., citée p.150.

29. Home Office Circular No 31/1964, telle qu'amendée par circulaire 89/1978, id., citée p. 381.

30. Sur les Judges Rules, v. F. Kaufman, The Admissibility of Confessions in Criminal matters, 3e éd, 149-152.

31. Statuts refondus pour le Bas-Canada 1861, chap. 2, art. 6.

32. Acte de Québec, 1774, Statuts révisés du Canada, 1970, Appendice 2, art. 8.

33. L.PH. Pigeon, Rédaction et interprétation des lois, leçons orales données aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec en 1965, p. 40.

34. Pigeau, La procédure civile de Châtelet, chez La Veuve Desaint, libraire, M DCC LXXIX, tome 1, p. 204. Voir aussi Boileux, Commentaires sur le Code civil, t. 1, 6e éd., 1851, p. V.

35. Demolombe, vol. 1, C. IV, p. 128, n. 109.

36. Voir Rapport in Delorimier, Bibliothèque du Code civil, vol. 1, Montréal, 1885, p. 25.

37. Code pénal, art. 127 d'alors.

38. ff. lib. 1, Tit. 3, L. 12 de Legibus :

"Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consulti comprehendi : sed cum in aliqua cause sententia eorum manifesta est, is, qui juridictioni praest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet".

39. Voir Delsrimier, précité, supra, note 36: 1, Domat, Liv. 1, tit. ler, sec. II, no 21 :

"Ainsi les Juges étant établis pour rendre la justice, leur autorité s'étend à tous ce qui devient nécessaire pour l'exercice de leurs fonctions".

1 Duranton, No 100 :

"La meilleure manière d'interpréter les lois, c'est de se conformer à l'usage suivant lequel elles ont toujours été entendues et appliquées".

2 Favard, Rép. Vo Equité, p. 438 :

"Il serait sans doute bien désirable que toutes les matières pussent être réglées par les lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi".

1 Toullier, no 146 :

"Mais quoique la loi soit muette, le juge, dans les affaires civiles, n'en est pas moins obligé de prononcer ; il devient un ministre d'équité ; il est la loi parlante, lex loquens, et l'art. 4 du Code porte "que le juge etc"...

Ainsi les juges interprètent la loi d'une manière doctrinale, et impriment à leur interprétation le sceau de l'autorité publique pour les cas particuliers sur lesquels il ont prononcé".

40. 12 Vict., chap. 36, art. 113.

41. Desrosiers v. The King, [1920] 60 R.C.S. 105, à la p. 126.

42. F.P. Walton, Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada, Introduction et traduction, par Maurice Tancelin, Butterworths, Toronto, 1981, p. 14.

43. Statuts refondus pour le Bas-Canada 1861, chap. 82, art. 1er :

...Et s'il ne se présente quelque cas dans lequel immédiatement, avant la mise en vigueur de ces Statuts refondus, une partie quelconque aurait eu les moyens de faire valoir ou de défendre quelque juste réclamation ou droit dans une cour alors existante, et qu'il ne se trouve dans ces Statuts aucune disposition par laquelle elle puisse faire valoir ou maintenir la dite réclamation ou le dit droit, il y sera pourvu par les règles de pratique qui seront dressées en vertu des dits Statuts, et jusqu'à ce qu'il y soit ainsi pourvu, nulle procédure pour faire valoir ou maintenir telle réclamation ou tel droit, qui ne sera pas incompatible avec ces Statuts, ou avec la loi, ne sera considérée comme illégale ou nulle : 12 V. c. 38, s. 113".

44. Hon. G. Fauteux, Le livre du magistrat, 1980, p. 136.

45. Capital Cities Communications inc. c. C.R.T.C., [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161.

46. Attorney General of Canada c. The Reader's Digest Ass. (Canada) Ltd., [1961] R.C.S. 775.

47. Assam Railways & Trading Company Ltd. v. Inland Revenue Commissionners, [1935] A.C. 445, [1934] All E.R. 646.

48. Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof [1975] All. E.R. 810, pp. 821-2.

49. Laidlaw c. Municipality of Metropolitan Toronto [1978] 2 R.C.S. 736.

50. Re Residential Tenancies Act, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714.

51. ..."to show the factual context and purpose of the legislation", ibid., à la p. 721.

52. Ibid., à la p. 721.

53. ..."subject to the proviso that such extrinsic materials are not available for the purpose of aiding in statutory construction", Ibid, à la p. 723.

54. L'Hon. Juge en Chef Deschênes, de notre Cour, a soutenu que le juge pouvait prendre connaissance des déclarations des ministres lors de la présentation et l'étude de la Loi constituant la société nationale de l'amiante L.Q. 1978, chap. 42. dans Société Asbestos ltée c. Société Nationale de l'Amiante et le Proc. Général de Québec, (1980) C.S. 331 (confirmé en appel depuis et permission d'appeler refusée par la Cour suprême).

55. Pour la dernière partie de mon texte, je dois beaucoup à Maurice Tancelin, "L'utilisation des travaux préparatoires dans l'interprétation d'une loi", (1979), 39 R. du B. 1110.
Cet article a d'ailleurs inspiré mon jugement dans Commission des Écoles Catholiques de Montréal c. Ville de Montréal, 10 Avril 1980, 500-05-017921-790.

M. Walter Van Gerven :

Permettez-moi d'abord de féliciter les organisateurs de leur initiative d'organiser ce colloque. Dans une société démocratique, il est du devoir des juristes, y compris les juges, comme de tous les citoyens de reconnaître et de promouvoir constamment les valeurs sur lesquelles un État et une société démocratique sont fondés et de perfectionner le langage par lequel ces valeurs sont exprimées. C'est le sujet de ce colloque, et je remercie les organisateurs de m'avoir donné la possibilité d'y participer.

Je diviserai mon intervention en deux parties: une partie générale dans laquelle je voudrais faire quelques remarques concernant le mécanisme et le raisonnement jurisprudentiels en général ; une partie plus spécifique, dans laquelle j'examinerai le rôle du juge face à une codification entière ou partielle du droit privé.

Avant d'entamer la partie générale, je voudrais cependant formuler une remarque préliminaire quant à la nécessité ou l'opportunité d'une codification, sujet qui nous a occupés hier et avant-hier. Comme il a été souligné, hier, par M. le doyen Hahlo, les deux techniques, la réforme du droit par la voie législative ou, si vous me permettez le mot, par la voie codificatrice, et la réforme du droit par la voie jurisprudentielle ont sans doute chacune des avantages et des désavantages dont les principaux ont été énumérés hier par notre collègue, le professeur Kleyn. Du point de vue purement juridique, le choix entre les deux techniques dépend, comme j'aurai encore l'occasion de le dire plus tard, de la nature du domaine du droit que l'on veut réformer. Si c'est un domaine dans lequel la sécurité juridique est la valeur prépondérante à réaliser - le prototype d'un tel domaine est le domaine de la circulation routière mais aussi le domaine de la procédure - , il est nécessaire que les règles soient formulées par la voie de règles claires préétablies, donc par la voie législative ou réglementaire. Si c'est un domaine, par contre, dans lequel la flexibilité, l'adaptation de la règle à des circonstances, des comportements et des mentalités mouvantes et fluctuantes sont impératives, la fixation et donc aussi la réforme des règles par la voie jurisprudentielle paraissent préférables.

À part ces considérations d'ordre juridique, il y a cependant des raisons, à mon avis, plus

importantes, d'ordre culturel, et psychologique, qui militent en faveur ou en défaveur d'une codification. Prenons le cas de la Belgique. On n'envisage pas sérieusement dans mon pays de recodifier le droit civil. Pourquoi? Non pas parce que les moyens ou le personnel manquent. La preuve qu'ils sont disponibles est que la Belgique a été en mesure de recodifier récemment, dans un laps de temps relativement bref, le Code de procédure civile.

Alors, pourquoi pas le Code civil? Certainement parce que, à l'heure actuelle, il n'y a pas une volonté politique suffisamment puissante dans cette direction ; en d'autres mots : le législateur s'est fixé d'autres priorités ; on ne peut pas faire tout à la fois. Probablement parce que, à l'heure actuelle, mon pays n'éprouve pas le besoin d'affirmer son identité culturelle. Je pense, en effet, que la volonté politique d'affirmer une identité culturelle a été, de tous les temps, un facteur extrêmement bénéfique, capable de mobiliser les moyens nécessaires pour codifier ou recodifier le droit civil : le Code civil - après la Constitution - est considéré, plus que les autres codes, comme le pavillon juridique d'un pays ; et la codification du droit civil présuppose plus que celle d'un Code de procédure civile, une identité culturelle, c'est-à-dire une communauté de vie, de comportements et de pensées homogènes.

J'ai dû faire cette longue remarque préalable parce qu'il est évident que, venant d'un pays qui vit encore sous le régime du Code Napoléon - sauf plusieurs modifications, par ailleurs, très importantes - et qui n'envisage pas sérieusement de recodifier son droit civil, j'aurai très naturellement une tendance à interpréter largement le rôle du juge. En effet, un juge qui a affaire à un vieux code agira nécessairement de manière plus autonome que lorsqu'il est confronté à un nouveau code.

J'arrive maintenant à la partie générale de mon intervention. Comme point de départ je voudrais, encouragé par ce que vient de dire notre président de séance, monsieur le juge Dugas, me référer à la répartition appelée la séparation des pouvoirs, établie traditionnellement entre les trois branches du pouvoir public : le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

Le pouvoir législatif édicte des règles générales et fondamentales ; le pouvoir exécutif établit

des règlements d'exécution de caractère général et explicite les règles générales par la voie de décisions individuelles ; le pouvoir judiciaire applique les règles générales, éventuellement après en avoir examiné la légalité, et, pour ce faire, interprète les règles lorsqu'un conflit a surgi entre personnes de droit privé ou de droit public.

Certes, cette répartition traditionnelle est encore exacte dans son principe, mais elle devient de plus en plus diffuse dans son application, en ce sens que le pouvoir exécutif mais aussi le pouvoir judiciaire participent de plus en plus à la fonction normative. Cela est certain en ce qui concerne le pouvoir exécutif, qui participe de plus en plus à la fonction normative par son pouvoir de fait ou de droit de préparer les projets de loi, à tel point que l'on se plaint généralement du rôle réduit du Parlement qui doit se contenter souvent d'amender ou de ratifier les propositions de loi qui lui sont soumises par le gouvernement.

Mais cela est aussi vrai, je pense, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire dont surtout les instances supérieures participent à la fonction normative. Il ne peut être nié, en effet, qu'à défaut d'une règle législative ou réglementaire complète ou en présence de règles législatives ou réglementaires différentes, voire contradictoires, susceptibles de régir la solution d'un conflit, et même en présence d'une règle claire et certaine, mais ancienne et manifestement dépassée par l'évolution sociale, les tribunaux, et en dernière instance la Cour suprême d'un pays, développeront des règles à vocation générale.

Nous pouvons tous, je pense, citer des exemples d'arrêts de principe rendus par la Cour suprême de notre pays - je pense, par exemple, en ce qui concerne mon pays, à la théorie de la lésion qualifiée, de la responsabilité du vendeur professionnel, de la théorie de la tierce complicité - qui, parfois, ont profondément modifié le système juridique antérieur. Au niveau de la Cour suprême, cette tendance est renforcée par le fait que, par exemple en Belgique, la Cour de cassation reprendra textuellement, dans des décisions ultérieures, la formule employée dans un arrêt de principe antérieur et groupera aussi, autant que possible, les litiges qui lui sont soumis, pour rendre, dans des affaires similaires, des arrêts de même date, ce qui permet à la Cour de donner, à l'instar du législateur, un caractère plus systématique et cohérent aux solutions retenues dans chaque affaire.

Étrangement les tribunaux, sous l'influence sans doute, de la notion de séparation des pouvoirs, ne reconnaîtront pas facilement qu'ils posent des règles nouvelles mais, par contre, présenteront ces nouvelles règles comme une interprétation du droit existant, même si cette interprétation bouleverse entièrement l'ancien droit. Que les tribunaux, surtout les Cours suprêmes, se rendent pourtant compte de ce qu'ils font, est démontré par le fait que, dans un nombre grandissant de cas, la Cour déclare la nouvelle règle seulement applicable au cas concret qui lui est soumis ainsi qu'aux situations futures - je pense à l'arrêt Defrenne du 8 avril 1976, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes(1) et à l'arrêt Marckx du 13 juin 1979, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme(2) -, en d'autres mots par le fait que la Cour, comme le législateur, refuse de donner un effet rétroactif à la règle nouvelle qu'elle pose. C'est ce que l'on appelle aux États-Unis de la jurisprudence prospective.

En élaborant des règles à vocation générale, à l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge se laissera guider, au cours de ce que les Allemands appellent la Vorentscheidung, la décision préalable ou concomitante à la décision, par des arguments juridiques mais aussi par des arguments métajuridiques, tels les intérêts en cause des parties litigantes, qu'il évaluera et soupèsera les uns contre les autres, ainsi que par des valeurs philosophiques, socio-économiques, politico-juridiques et autres qui, à son avis, sont à la base de la société contemporaine.

Certes, en recherchant ces valeurs, le juge ne pourra pas retenir, comme le faisait le président Magnaud, des valeurs personnelles ou subjectives, mais devra rechercher les valeurs autour desquelles un consensus s'est réalisé dans la société. Dans le cas d'une codification récente, ce consensus se retrouvera facilement dans le Code et les valeurs qui y sont sous-jacentes. Dans le cas d'une codification ancienne, cependant, ce consensus devra se retrouver, si les règles susceptibles de régler le cas concret sont manifestement dépassées, dans des règles de conduite suivies par la majorité des citoyens - ou des majorités dans les différents groupes de la population -, règles souvent exprimées dans des règles coutumières ou des principes généraux, des adages non écrits qui, souvent, auront été confirmés dans des décisions judiciaires antérieures(3).

J'arrive maintenant à la deuxième partie de mon exposé, qui concerne plus spécifiquement le rôle du juge par rapport à une codification entière ou partielle du droit civil.

Une première remarque s'impose. Lorsqu'on compare certains systèmes juridiques représentés à ce colloque, qui ont entrepris l'effort considérable de recodifier entièrement le droit civil, tels les projets québécois ou hollandais, à des systèmes qui n'ont pas entrepris cet effort, où, par contre, la réforme du droit civil s'est réalisée, partiellement par l'insertion de lois nouvelles dans l'ancien Code, partiellement par la modification des règles existantes par la voie jurisprudentielle, tels les droits belge ou français, l'on constate que, malgré cette différence considérable, il y a une tendance très nette, dans les deux catégories de systèmes juridiques, à reconnaître les mêmes valeurs.

Sans vouloir énumérer toutes ces valeurs, je voudrais en citer quelques-unes qui traduisent, dans le système juridique contemporain, un jugement de valeur qui est différent de celui sous-jacent à l'ancienne codification : égalité totale du mari et de la femme sur le plan des relations personnelles et patrimoniales ; égalité accrue et presque entière des enfants légitimes et des enfants naturels simples, des enfants adoptifs et des enfants par le sang ; égalité accrue mais demeurant très limitée, en matière de responsabilité quasi-délictuelle par exemple, des époux légitimes et des époux de fait ; égalité presque totale des personnes physiques et des personnes morales ; égalité des personnes de droit privé et de droit public dans le droit de la responsabilité ; restriction accrue du caractère absolu des droits réels, tant par l'applicaton de principes généraux relatifs à l'abus de droit ou aux troubles de voisinage que par l'introduction de démembrements nouveaux en faveur, notamment, de différentes catégories de locataires ; reconnaissance grandissante de la notion de patrimoine affecté à un but précis, soit par le renforcement de l'institution de la fiducie, à l'instar du trust anglo-saxon, ou de règles relatives à l'administration du patrimoine d'autrui, soit par l'emploi de la technique de la personne morale ; protection, en matière contractuelle, des parties réputées plus faibles, soit par la promulgation de lois spéciales, comme un Code du travail ou une législation en matière de ventes à tempérament, de prêts hypothécaires, de protection du consommateur etc., soit par l'acceptation plus large de règles générales (législatives ou jurisprudentielles), comme la théorie de la lésion qualifiée et d'imprévision; reconnaissance accrue, dans le domaine de la responsabilité de la théorie du risque remplaçant, en

certains cas, le principe de la faute personnelle.

Cela m'amène à une deuxième remarque. On pourrait être tenté de croire, lorsqu'on regarde les systèmes juridiques qui, comme le droit belge, n'ont que partiellement recodifié le droit privé, que les modifications par la voie législative concernent surtout le droit de la famille au sens large du mot, y compris le droit des régimes matrimoniaux et des successions, alors que le droit des obligations et aussi le droit des biens et des sûretés réelles ont principalement été modifés par la voie jurisprudentielle. Cela ne me paraît pas tout à fait exact. Ce qui est vrai, c'est qu'en ce qui concerne le droit de la famille, les règles nouvelles d'origine législative sont habituellement insérées dans l'ancien Code alors que, dans les autres domaines, ces nouvelles règles font le plus souvent l'objet de lois spéciales distinctes, telles les législations spéciales destinées à protéger les employés, les consommateurs, les locataires, etc., ou introduisant, en matière de responsabilité civile, la théorie du risque en divers domaines, comme celui de l'énergie nucléaire ou des accidents routiers. Cela tient sans doute au caractère souvent mixte, semi-privé ou semi-public, de ces règlementations. Paradoxalement, cette même situation se rencontre, semblerait-il, dans les pays qui ont mis sur pied une nouvelle codification ou sont sur le point de le faire, limitant ainsi considérablement, il faut bien l'avouer, l'intérêt pratique du Code civil.

Les remarques qui précèdent mettent en lumière, en quelque sorte, la relativité de l'oeuvre codificatrice. Est-ce que cela veut dire que l'effort de codification ne vaut pas la peine d'être entrepris? Je ne le crois pas.

Cela conduit à une troisième remarque qui concerne l'opportunité d'une réforme du droit par la voie législative par rapport à la voie jurisprudentielle. Quant à la réforme du droit civil par la voie législative, de préférence sous la forme d'un nouveau Code, je vois deux indications, l'une positive, l'autre négative. Je m'empresse d'ajouter qu'aux yeux des juristes de civil law dont je suis, l'indication positive qui incite en faveur d'une codification, l'emporte de loin sur l'indication négative mais est quand même susceptible d'être corrigée par cette dernière.

Cette indication positive, je l'ai déjà mentionnée. Il me semble, en effet, que la réforme par la voie d'un Code est la plus appropriée dans tous les cas où la nécessité de sécurité juridique se fait sentir de manière impérative. Or, à mes yeux, cela semble être le cas pour presque tous les domaines qu'on retrouve habituellement dans un Code civil. C'est certainement le cas pour le droit des personnes et de la famille, au sens large du mot, qui règle, souvent de manière impérative, le statut personnel et patrimonial au sein de la famille. Il est difficile de concevoir que ces matières puissent être réglées par la voie jurisprudentielle - mais il aurait été intéressant de prendre l'avis d'un collègue de common law. C'est aussi le cas pour le droit des biens et des sûretés réelles, en raison du nombre limité de ces droits et de ces sûretés et les mesures de publicité qu'ils nécessitent fréquemment. Même en matière contractuelle, l'intervention du législateur s'impose, pour des raisons de sécurité juridique, lorsqu'il s'agit de fixer le cadre général et les conditions générales de la liberté contractuelle et a fortiori, lorsqu'il s'agit de fixer des règles protégeant des parties contractantes réputées faibles. Et cela est vrai aussi, je pense, pour les règles fondamentales en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle. Mais je le répète, il aurait été intéressant de prendre l'avis d'un juriste de common law.

Outre cette indication positive relative à la sécurité juridique, il y a cependant une indication négative qui, elle, plaide en faveur d'une réforme par la voie jurisprudentielle. Je voudrais la formuler comme suit : chaque fois qu'une intervention législative risque de couper court à une évolution en plein développement, la réforme par la voie jurisprudentielle est préférable. Cela peut être le cas dans tous les domaines rappelés plus haut lorsque, par rapport à l'une ou l'autre règle ou même institution, des changements dans la mentalité peuvent être attendus dans un avenir proche. Dans ces circonstances, et à moins que la sécurité juridique pèse tellement lourd que la question doive tout de même être tranchée immédiatement ou, autre hypothèse, que le législateur veuille expressément arrêter une évolution qu'il considère comme indésirable, il est préférable de ne pas lier les mains des tribunaux et de leur laisser la possibilité de tenir compte de l'évolution attendue.

Pour concrétiser ce dernier point, je voudrais citer quelques exemples. J'hésiterais à faire du travail législatif définitif dans le domaine de la lésion qualifiée où l'évolution ne semble pas encore achevée,

certains systèmes juridiques, comme le droit néerlandais, n'exigeant pas une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat et se contentant de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, ou encore dans le domaine de l'influence de l'érosion monétaire sur les prestations contractuelles, où la théorie nominaliste semble céder le pas à une attitude plus souple ; peut-être aussi dans le domaine du statut des ménages de fait, où l'évolution reste difficile à prédire.

Cela ne veut pas dire nécessairement que le législateur doive s'abstenir entièrement. On peut, en effet, concilier les deux facteurs contradictoires de sécurité juridique et de flexibilité, par l'emploi, dans la législation, de clauses générales se référant à des concepts fluctuants, comme la bonne foi, l'équité, la raisonnabilité, l'usage non abusif, ou de règles suplétives alternatives, laissant aux tribunaux le soin d'adapter la règle générale aux circonstances du cas concret et à l'évolution attendue. Je ne partage donc pas l'avis exprimé hier par un intervenant, suivant lequel ces clauses doivent être évitées autant que possible.

J'arrive maintenant à ma dernière remarque. J'ai déjà dit que le rôle du juge est plus autonome lorsqu'il a affaire à une codification ou législation anciennes que lorsqu'il est appelé à appliquer une codification récente. Il me semble cependant que la différence en est une de degré. Dans les deux cas, on peut dire que le rôle du juge est de consolider et d'élaborer les jugements de valeurs qui sont à la base de la codification et, éventuellement, surtout lorsque la codification est plus ancienne, de construire du droit nouveau.

Il appartient donc, en premier lieu, au juge de consolider les jugements de valeurs qui sont à la base de la codification, surtout récente, même à ce point que l'on peut attendre de lui qu'il écarte des règles anciennes qui sont en contradiction avec l'esprit du droit nouveau et que le législateur a manifestement oublié de modifier (par exemple, des règles qui sont contraires au principe de l'égalité des sexes qu'une nouvelle législation a entendu organiser). Cette tâche peut être extrêmement importante et quasi-impossible, lorsque le législateur national, ou le plus souvent, international, dans un domaine qui lui est réservé, s'est contenté de décréter les grands principes. Telle est la situation, en droit belge, en ce qui concerne le principe de l'égalité des enfants légitimes et naturels. Ce principe résulte des articles 8 et 14 de la Convention européenne sur les

droits de l'homme. Par un arrêt, déjà cité, du 13 juin 1979 dans l'affaire Marckx(4), la Belgique a été obligée par la Cour Européenne de modifier les dispositions législatives qui sont contraires au principe de l'égalité. Lorsqu'on reconnaît, avec une grande partie de la doctrine, l'effet direct de ladite Convention, il appartiendra aux tribunaux belges, dans l'attente d'une modification législative souhaitable, de ne pas appliquer les dispositions discriminatoires.

Le juge doit, en deuxième lien, élaborer les jugements de valeurs qui sont à la base d'une codification récente ou ancienne, en appliquant les principes contenus dans la codification à des situations non réglées. Tel est, par exemple, le cas du principe général qui est incorporé dans beaucoup de nouvelles dispositions législatives, suivant lequel celui qui détient un droit, appelé un droit-fonction, qui lui confère un pouvoir sur une autre personne ou sur le patrimoine d'autrui, est obligé d'exercer ce droit uniquement dans le but précis en vue duquel il lui a été conféré. Ce principe est susceptible d'être appliqué en diverses situations, par exemple en ce qui concerne la puissance parentale, les pouvoirs du fiduciaire ou d'un administrateur du patrimoine d'autrui, y compris un administrateur de société, éventuellement même en ce qui concerne le droit de vote d'un actionnaire, si l'on considère que ce droit lui est donné pour favoriser le but social de l'entreprise.

Enfin, il peut être du devoir du juge de construire du droit nouveau enfin, surtout en présence d'une codification ou d'une loi anciennes, c'est-à-dire élaborer de nouvelles règles sur la base de nouveaux jugements de valeurs, même s'ils sont opposés à ceux qui étaient à la base des règles anciennes, lorsqu'il apparaît, dans le cas d'une codification ancienne, que les anciens jugements de valeurs sont incontestablement dépassés par l'évolution sociale. Tel était, par exemple, le cas en droit belge, avant la réforme législative du droit du divorce par une loi de 1974, en ce qui concerne les causes du divorce. Bien avant cette réforme, les tribunaux avaient déjà interprété les dispositions favorisant l'époux par rapport à l'épouse, à tel point que la différence de traitement avait été considérablement diminuée, contrairement à ce que le législateur de l'époque avait expressément voulu.

Voilà, M. le président, Mesdames, Messieurs, les quelques observations que j'ai voulu vous présenter. Je vous remercie de votre attention bienveillante.

NOTES :

1. Recueil de la jurisprudence de la Cour, 1976, t. 1, p. 455.

2. Marck c. Belgique, 13 juin 1979, in Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Vol. 29, Strasbourg, 1982.

3. Il y en a certainement parmi vous qui me diront qu'un tel consensus ne se rencontrera que rarement. Je voudrais les renvoyer aux observations faites à ce sujet par F.A. Hayek dans son livre Law, legislation and liberty, publié en 1973 et à la distinction qu'il y fait entre law et legislation, la notion de law se référant à des règles de conduite endogènes qui naissent spontanément dans n'importe quelle société d'êtres vivants, la notion de legislation se référant, par contre, à des règles promulguées par un législateur et destinées, entre autres, à modifier, corriger ou compléter des règles de conduite endogènes considérées comme imparfaites ou incomplètes.

4. V, supra, note 2.

M. J. Dugas :

Ayant été juge pendant 28 ans et avocat au cours des dernières années, Me Mack Barham, de la Nouvelle-Orléans, a certainement des choses intéressantes à nous dire sur sa carrière.

M. Mack E. Barham : [Traduction de l'anglais]

"Les codes sont, dans la tradition civiliste, des déclarations générales du droit, des déclarations de principes à vocation générale, des énoncés de lignes de conduite, des déclarations du droit conçues pour avoir une existence d'une longue durée. Ressemblant, à certains égards, davantage à des constitutions qu'à des lois, les Codes civils sont conçus pour fournir un système juridique de base susceptible de reprendre de la vitalité, si besoin est, à des époques et dans des circonstances changeantes"(1). (Traduction)

En considération de ce fait, le but qu'il faut viser, lors de la rédaction d'un code, est, selon Clarence Marrow, "un code qui soit à la fois aussi complet et aussi concis que possible, un code qui soit professionnel et technique dans la mesure nécessaire tout en possédant une clarté et une simplicité telles que les profanes seront en mesure de le comprendre, car il est le reflet de la volonté populaire ; un code qui alliera un maximum de cohérence, de prévisibilité et de certitude à un maximum de souplesse et d'aptitude à évoluer en fonction des changements inévitables"(2). (Traduction)

Comme le professeur P.A. Crépeau le fait remarquer dans la préface du Rapport sur le Code civil du Québec, le Code civil de 1866 a été entrepris dans le but de "reformuler le droit pour que d'un droit archaïque, on passât à un droit de type moderne..."(3) Car, précise-t-il, il s'agissait de codifier le droit existant plutôt que de remettre en question les valeurs traditionnelles, et d'innover lorsque c'était nécessaire(4). Avec l'arrivée de la modernisation, le Code est devenu, selon les paroles du professeur Crépeau, "un symbole... d'immobilisme, la manifestation d'une conception statique, voire stagnante d'un certain ordre social"(5). "Ainsi se creusait progressivement un fossé entre le droit et la vie"(6). Ce fut dans le but de combler cet écart entre le droit écrit et les besoins d'une société moderne que la réforme du Code québécois - nécessitant un effort splendide mais difficile de la part de tant de juristes -

de Code civil du Québec, présenté en 1978, constitue avec sa largeur de vues, son expression des valeurs individuelles et sociales fondamentales, son langage clair, concis et précis, l'aboutissement d'une vaste entreprise ; un document digne des érudits qui l'ont rédigé, de la société qu'il doit servir et du Code Napoléon qui l'a inspiré.

Bien que l'on puisse faire remonter le concept de codification aux Douze Tables de Rome, l'idéal de codification est un événement plus récent. Nés du nationalisme moderne, les grands Codes de l'Autriche(7), de la Prusse(8) et de la France(9) représentaient un retour éclairé au droit romain - créés à une époque où, en Autriche et en Prusse, des despotes éclairés cherchaient à conserver leur autorité en rationalisant les relations sociales et où, dans la France révolutionnaire, une génération nouvelle cherchait à écraser les pouvoirs de la monarchie et de la noblesse en les remplaçant par un système démocratique basé sur un droit codifié.

Ces Codes, à la fois par les efforts de l'Autriche et de la Prusse pour systématiser le droit et par la tentative française de réaliser une révolution sociale, représentent un idéal qui dépasse de beaucoup le concept de la codification telle qu'elle fut décrétée à l'époque de Justinien. Les travaux de Justinien furent essentiellement une compilation, un rassemblement des lois existantes, une tentative pour harmoniser des contradictions, et pour réaliser une intégrité et une continuité administratives(9). Les Codes modernes allèrent beaucoup plus loin. Ils furent inspirés par le nationalisme des philosophes, par la conviction que l'esprit de l'homme était capable de saisir l'ordre naturel des choses et d'y modeler sa société.

Le but de penseurs tels que Hegel était non seulement de réunir mais de systématiser et de rationaliser complètement les lois(10).

Dans ce sens, la codification des lois devint une science sociale et ce fut l'une des premières. Le Code Napoléon précède de plusieurs décennies les sciences politiques protosociologiques de Bentham, les sciences économiques de Malthus et de Marx, et les sciences d'histoire de Ranke. Cela fait à peine plus d'un demi-siècle que date l'avènement des Annales(11), école d'études de l'histoire des économies, des sociétés et des civilisations, à l'approche synthétique et globale de l'expérience

humaine. La codification appartient aux sciences humaines et est aussi complexe, sinon plus, que la science de l'histoire : car le législateur, le codificateur ainsi que le juge ou interprète doivent se mettre à l'unisson des réalités sociales et politiques contemporaines. Ils doivent être également versés dans la connaissance et l'information des sciences humaines afin de créer un droit capable d'être à la fois stable et dynamique. Un bon système de droit est celui qui peut s'adapter aux besoins changeants d'une société tout en conservant un certain degré de permanence de façon à fournir la continuité sociale et la préservation des institutions et des valeurs d'une société et en même temps représenter un idéal de comportement auquel peut tendre chaque membre de la société. Le travail de codification, en vue de ces doubles objectifs parfois contradictoires que le droit doit réaliser, est complexe et difficile. Le législateur, le codificateur et le juge doivent percevoir et évaluer nos caractéristiques humaines et sociales et les traits de caractère qui nous distinguent en tant qu'individus.

Les lois de l'Antiquité, dont nos codes modernes se sont, dans une très large mesure, inspirés, ont été conçues et écrites par des législateurs et des tribunaux ayant une conception de la réalité très différente de notre conception contemporaine. Le monde de l'Antiquité était conçu comme un cosmos qui était complètement indépendant, plutôt que comme un univers qui est en pratique infini(12). Il ne faudrait pas sous-estimer la différence conceptuelle entre un monde fermé et l'univers infini, pour emprunter le titre de l'histoire des sciences d'Alexandre Koyre(13). Ce qui est inhérent au concept même de cosmos c'est la notion que tous les éléments de la vie occupent une place qui leur est propre et ont un rôle unique à jouer ; l'univers, par contre, est la scène où le "hasard" joue son rôle.

Le concept d'un Code civil s'est ainsi développé dans une société dont la caractéristique intellectuelle principale était son sens de la plénitude, de l'intégration et de l'interdépendance. C'est ainsi que les codes furent conçus pour refléter ces caractéristiques et pour traiter, de façon systématique, les problèmes juridiques et les questions de statut civil qui s'étaient présentés et dont on pouvait prévoir qu'ils surviendraient dans la vie de tous les jours.

Ce n'est pas par hasard que les codes commencent, comme le fait le Projet de Code civil du Québec, par

une déclaration générale concernant la personnalité juridique et la personne humaine(14). Ce Code débute par une vaste déclaration philosophique sur le caractère et les qualités humaines essentiels. Il ne parle pas d'hommes particuliers, mais de l'homme. Cette vision systématique de la vie humaine est unique au droit civil. On ne la retrouve pas en common law. Lorsque les Britanniques se réfèrent à leur Constitution, ils ne font pas référence à un document comme le Code, qui cherche à établir les droits de l'homme. Ils se réfèrent plutôt à un corps de principes juridiques qui sont présumés et non énoncés et qui n'ont fait l'objet d'aucune expression verbale ni de codification. Il existe donc, entre le droit civil et la common law, une différence qui est plus subtile et significative qu'une différence de simple méthodologie juridique, aussi importante que celle-là puisse être, car ce qui distingue principalement ces deux systèmes juridiques, c'est l'incapacité qu'a le juriste de common law - aussi bien le législateur que le juge - à prendre en considération la relation qui existe entre l'individu qui se retrouve devant un tribunal et l'espèce à laquelle ce même individu appartient ; son incapacité à conceptualiser la société dans son ensemble, à avoir une vision systématique de l'existence humaine et des relations interpersonnelles en jeu. En somme, la common law n'a pas réussi à bien saisir, comme l'a fait depuis si longtemps la tradition civiliste, que les actions personnelles de l'individu agissent de façon fondamentale sur la vie publique et qu'en conséquence le droit est beaucoup plus que la solution ad hoc apportée à des litiges personnels particuliers.

C'est peut-être la raison pour laquelle, dans les pays civilistes, le rôle du juge est souvent celui de défenseur - défenseur d'une vérité objective - aussi bien que d'arbitre, particulièrement en matière criminelle(15). C'est peut-être aussi la raison pour laquelle on a vu apparaître le système du procès contradictoire dans tant de pays civilistes, tandis que dans les pays de common law le juge est resté l'auditeur passif et désintéressé qui, d'un point de vue méthodologique, est censé se contenter des faits, qu'ils soient vrais ou faux, que les parties portent à son attention.

La discussion qui précède cherche à suggérer que, dans un système de droit civil, l'on attend du juge qu'il aille au-delà des particularités propres à la cause que les parties lui soumettent - au-delà des caractéristiques accidentelles de la cause - pour rattacher le cas d'espèce au corps de lois qui a été codifié. Dans un tribunal de droit civil, contrairement à celui de common

law, on y trouve vraiment impliquées trois parties : le demandeur et le défendeur ainsi que l'État ou la société. Dans le système de common law, le juge a eu traditionnellement pour rôle de choisir simplement entre les parties, et d'accorder le plus grand poids aux arguments de l'une d'entre elles et de rendre son jugement en conséquence. Selon la méthode civiliste cependant, le juge ne doit pas se contenter d'examiner les arguments des parties, mais aussi, par-delà, les principes et les maximes de la société tels qu'exprimés par le biais de la codification des lois. Le rôle du juge n'est, donc, pas seulement d'interpréter les réclamations des parties au litige mais, en outre, celles de la société dans leur ensemble. Il doit, donc, faire entrer les faits particuliers à une cause dans le cadre des principes généraux du droit contenus dans le Code ; imposer sur les changements de la vie quotidienne la permanence du droit codifié.

Pour y arriver, il lui faut connaître le Code, mais il doit tout autant en connaître la philosophie ainsi que son esprit. Car ni le législateur ni le codificateur, si systématique que soit leur optique ou si présente leur compréhension des disputes humaines, ne sont capables de prévoir, même s'ils s'efforcent de le faire, toutes les situations pouvant faire naître des litiges. Par conséquent, le juge doit nécessairement ajuster le Code, ses principes et ses remèdes généraux, à la situation particulière des parties. Il doit repérer dans les principes généraux du Code la règle appelée à régir les faits qui lui sont soumis. Il est donc nécessaire autant que souhaitable que les codificateurs - le législateur et les rédacteurs - fournissent au juge, afin de le guider dans l'application quotidienne des lois, des commentaires et une exégèse du Code tant de son ensemble que de ses articles.

Il est ironique que le Code Napoléon, qui a inspiré le Code civil de la Louisiane, mon outil de travail et que je connais pas mal, ait été conçu en partie pour circonvenir le pouvoir de la magistrature - en particulier les tribunaux ecclésiastiques - et pour enlever au juge son pouvoir d'établir le droit(16). Le Code Napoléon était un document révolutionnaire - une codification destinée à la fois à promouvoir le nationalisme français, à laïciser les institutions juridiques du pays, et à établir, autant que possible, un régime de lois et non d'hommes(17).

Il me semble que les motifs qui furent à la base du Code Napoléon peuvent tout aussi bien être

attribués à d'autres codes : on peut prétendre que la codification représente une réponse institutionnelle à la modernisation, à l'apparition d'une société pluraliste développée. La plupart des Codes européens des XVIII^{e}, XIX^{e} et XX^{e} siècles furent nationalistes(18) et anticléricaux(19) dans leurs conséquences si ce n'est dans leur raison d'être ; et ceci est également vrai des Codes provinciaux, comme celui de la Louisiane. Si on accepte cela, les valeurs de la codification peuvent alors être perçues comme dépassant le domaine du droit et comme trouvant leur source dans les couches les plus profondes de la conscience collective. La codification aide à établir une identité et une raison d'être nationales. Elle unifie des éléments hétérogènes et parfois disparates, et crée un corpus de lois qui, de façon démocratique, est au service des faibles et des forts.

Historiquement, la création de codes s'est produite en grande partie en dehors du pouvoir judiciaire. Par contraste avec le système de common law, le système civiliste a accordé la première place à la législature. Mais le rôle du juge, bien qu'il puisse être minime dans la création d'un code, se trouve être beaucoup plus important dans son interprétation.

C'est un fait bien connu, qui n'exige aucun commentaire ici, que les juges dans la plupart des systèmes civilistes sont formés depuis le début de leur carrière pour remplir la fonction de juges(20). Il est également évident qu'un des principaux motifs des rédacteurs du Code Napoléon était de restreindre les pouvoirs des tribunaux pour empêcher que la personnalité du juge ou son opinion particulière ne deviennent un facteur concourant à la décision(21). Une méfiance profonde à l'égard du pouvoir judiciaire, surtout des tribunaux ecclésiastiques, ainsi que le sentiment que le système judiciaire, dans la France de l'Ancien Régime, était voué à la conservation du pouvoir par l'aristocratie française, explique la détermination des rédacteurs du Code à subordonner le pouvoir judiciaire à la volonté du législateur.

Merryman a caractérisé le juge français civiliste comme étant quelqu'un dont "la fonction est étroite, technique et non créatrice"(22). Cette description a été critiquée par Roger Perrot qui a publié, en 1976, dans Tulane Law Review(23) un commentaire sur le juge en France. Il explique que le juge joue, dans la création du droit, un rôle beaucoup plus important que celui que le Code civil français semblerait permettre. Comme l'observe le professeur Perrot : "Le juge réussit à enrichir le

"fonds du droit civil par sa contribution façonnée à même les réalités quotidiennes"(24) (traduction). Le professeur Perrot pense que le juge français bénéficie d'une certaine liberté dans l'application du Code civil aux faits en litige. Cette liberté est due, en partie, aux lacunes inévitables du Code. Face à des lacunes, le juge doit improviser et cette improvisation est fondée sur deux méthodes d'investigation. D'abord, le juge doit chercher à s'informer de l'intention du législateur, la ratio legis, pour déterminer ou pour présumer comment ce dernier aurait pu disposer du litige. Ensuite, remarque le professeur Perrot, le juge doit se référer à la doctrine lorsque l'intention du législateur ne peut être déterminée(25). Le professeur Perrot pense que l'imprécision ou la généralité des termes et des concepts employés dans le Code obligent le juge à interpréter la loi et à déduire de l'imprécision abstraite du législateur la signification concrète qu'exige la décision judiciaire(26). Il semblerait ainsi que le rôle du juge, du moins en France, soit devenu plus important dans les 175 années qui ont suivi la création du Code Napoléon. En Louisiane, le juge agit certainement de façon plus créatrice que le juge tel que le voyait le Code Napoléon.

En Louisiane, le juge participe au processus de codification à des niveaux divers. Au niveau le plus évident, il siège en tant que membre ex officis au Louisiana State Law Institute. Le Conseil de l'Institut fut créé en 1938, par une loi de la législature de la Louisiane, pour être la commission officielle de réforme du droit de l'État, appelée à "promouvoir et encourager la clarification et la simplification du droit en Louisiane et à faciliter son adaptation aux besoins sociaux actuels; à assurer une meilleure administration de la justice et à poursuivre des recherches érudites et des travaux juridiques scientifiques"(27). [Traduction] C'est donc à l'Institut qu'incombe la responsabilité initiale de réviser le Code civil.

Le Conseil de l'Institut est composé de 12 professeurs, 5 juges, 5 membres de la législature, 2 représentants du pouvoir exécutif, 5 membres de l'Association du barreau et 19 avocats(28).

En tant que collaborateur aux travaux du Conseil de l'Institut, le juge apporte sa connaissance unique de la pratique des tribunaux. Parce que les tribunaux doivent résoudre, de façon rapide et rationnelle, "les multiples problèmes nouveaux d'une société toujours plus peuplée et plus complexe à mesure qu'ils font naître

un litige", ce rôle de conseiller que joue le juge dans le Conseil est d'une importance primordiale pour la formulation des dispositions du Code, qui serviront adéquatement les besoins de la société moderne. Ainsi, en vertu de sa sensibilisation aux besoins du public, de son expérience unique des aspects pratiques de l'interprétation du Code ainsi que de sa formation intensive en tant que juriste de tradition civiliste, le juge donne une impulsion précieuse aux travaux de réforme du droit entrepris par le Conseil. Non seulement joue-t-il un rôle direct dans le processus de rédaction du fait de sa présence au Conseil, mais aussi le rôle inestimable de conseiller, du fait de la perspective et de la place uniques qu'il a dans le processus légal.

À un second niveau plus important, le juge participe au processus de codification par le biais de la jurisprudence qu'il crée. "La jurisprudence constitue une réflexion merveilleuse du droit dans son application : quels textes du Code se sont avérés obscurs et insuffisants, quels textes ont laissé trop de discrétion au juge et lesquels n'en ont pas laissé assez, etc? Comme Livingston l'a souligné, "la jurisprudence signale au législateur, de façon continue, la réussite ou l'échec, des diverses parties du code"(29). Effectivement, il est un fait bien reconnu que la "législation constitue souvent une tentative, après coup, de généraliser la réglementation des différends sociaux qui ont été initialement portés devant les tribunaux, et que la législation constitue autant une réaction à des décisions judiciaires, que celles-ci le sont à l'égard de la législation, lorsque souvent les tribunaux fournissent la première initiative vers la réglementation, fondée sur des principes, d'une situation sociale au moyen d'une information pêle-mêle du cas par cas pour résoudre les premiers aspects des problèmes surgis"(30).

> "En l'absence d'un texte déterminant du Code, le juge civiliste ne laisse nullement le Code de côté. On admet qu'un Code bien rédigé possède ce que le civiliste appelle une "harmonie systématique" et contient un point de vue social et juridique cohérent... Le civiliste projette et étend le texte législatif à une grande variété de situations qui n'entrent pas directement dans son champ en se servant "d'analogies". Cette méthode pour résoudre un problème non prévu par le Code mais qui se trouve être analogue à ceux qu'il couvre précisément, aboutit à une solution compatible au point de vue exprimé dans la disposition du Code pour une question spécifiquement couverte. Le processus consiste à déterminer la valeur projective

> des articles du Code. Il s'agira donc d'une controverse sur l'acceptabilité de l'analogie versus un argument a contrari ou une analogie concurrente. Il se peut aussi que le texte soit jus singulare, peut-être à cause d'une disposition expresse à cet égard, auquel cas on ne peut pas raisonner par analogie... Le processus est créateur dans la mesure où le juge a, en dernier ressort, le pouvoir d'accepter ou de rejeter les analogies ou de choisir parmi elles(31)."

Bien que, selon ce processus traditionnel, la fonction propre des tribunaux soit de trancher les litiges et non de légiférer, le fonctionnement normal et coutumier de nos tribunaux les oblige parfois à créer des règles de droit. Effectivement, le Code civil de la Louisiane reconnaît de façon expresse le fait que le droit n'est pas toujours l'expression du législateur.(32) Les juges louisianais sont expressément mandatés par le Code civil pour trancher les litiges qui leur sont soumis et, à cette fin, ils disposent de trois sources de droit : 1) le texte législatif ; 2) la coutume ; 3) le droit naturel, la raison ou les usages(33). L'article 21 du Code civil donne essentiellement au juge le pouvoir de légiférer lorsqu'il n'y a pas de texte législatif(34). Comme conséquence, les tribunaux de la Louisiane ont été extrêmement habiles dans leur large utilisation d'analogies pour combler les lacunes de la loi(35). En commençant, en 1922, par la cause Frost-Johnson Lumber Co. v. Salling's Heirs(36), et selon le mandat précité, le tribunal s'est servi d'analogies et de dispositions du Code civil relatives aux servitudes pour développer un corpus complet du droit minier. Lorsque le législateur promulgua le Code minier en 1974, la jurisprudence abondante qui s'était développée dans ce domaine fut adoptée presque entièrement sans modification(37). Dans la préface à la Loi 50 de 1974, on expliquait que "les règles jurisprudentielles traitant de la nature des servitudes minières, la façon dont elles peuvent être créées et abolies, ont été retenues - quelques modifications ont, cependant, été effectuées, surtout pour apporter une clarification"(38). Ainsi donc, le Code minier de la Louisiane (Mineral Code of Louisina) est l'exemple du rôle central joué par la jurisprudence dans l'élaboration d'un code.

La Louisiane est, en outre, une juridiction civiliste unique, en ce sens que notre jurisprudence recourt intentionnellement aux développements de doctrine. Le juge louisianais "accepte, comme faisant partie de ses fonctions, de faire un exposé doctrinal lorsqu'il motive un jugement depuis que, par nécessité historique, il a été amené, autrefois, à commenter le droit

louisianais local en l'absence de centres juridiques érudits - et d'écrits juridiques approfondis"(39). En conséquence, une opinion judiciaire sert souvent à augurer de la conduite future probable dans un domaine général. Bien que ne constituant pas un "précédent" (puisque la Louisiane ne reconnaît pas la doctrine du stare decisis), l'opinion judiciaire a une force persuasive(40). Le jugement est publié dans son intégralité pour faire connaître l'opinion judiciaire et convaincre que celle-ci est l'opinion appropriée(41). En conséquence, la discussion des motifs et de l'exposé d'une décision est souvent d'une aide précieuse pour la codification. En Louisiane, la nature didactique d'une opinion judiciaire, résultat d'un dénuement en sources doctrinales et de la prédilection, en droit louisianais, à rendre un jugement motivé à la façon des juristes de common law, est donc très instructive pour le rédacteur d'un code moderne. En tant que source persuasive du droit, son influence sur la codification ne peut être ignorée.

Enfin, à un troisième niveau, la participation du juge au processus de codification intervient par l'application et par l'interprétation du droit une fois le Code adopté, car sa contribution au Code ne se termine pas une fois le Code achevé. Le législateur, par le biais de la Constitution de la Louisiane et de la tradition de la méthodologie civiliste, a intentionnellement accordé au pouvoir judiciaire l'autorité d'énoncer les détails subtils des principes généraux du Code pour les appliquer à des cas d'espèce(42). À cet égard, il entre dans la fonction des tribunaux de faire respecter l'intention législative. Le juge a la responsabilité précise de préserver l'intégrité et la tradition du droit civil par une stricte adhésion aux principes du Code. Donc, il revient au juge, lorsqu'il tente de combler les lacunes du Code, de s'efforcer de préserver l'intégrité du code en tant que corpus de droit. Cela est surtout vrai dans une juridiction comme la Louisiane où la tentation de recourir à la doctrine de la common law n'est que trop réelle et manifeste.

Par un contraste marqué avec le juge français dont les pouvoirs sont nettement restreints, le juge de la Louisiane, où en 1808 de larges emprunts furent faits au code Napoléon, a toujours disposé du pouvoir non seulement de combler des lacunes du code et d'en définir les termes mais aussi de déclarer anticonsitutionnels les lois ordinaires et les articles du Code. La décision récente rendue par la Cour suprême de la Louisiane dans l'arrêt Succession of Brown illustre le pouvoir que détient le juge louisianais de déclarer anticonstitutionnelle une

disposition législative. Dans cet arrêt, la cour a jugé que l'article 919 du Code civil(44), qui niait aux enfants reconnus comme étant illégitimes des droits à la succession ab intestat de leur père lorsqu'il y avait des parents légitimes survivants, était anticonstitutionnel(45). Par contraste, au Québec, l'élimination de la distinction entre enfants légitimes et illégitimes n'aurait pas pu être effectuée par décision judiciaire et elle n'a pu être réalisée que par la volonté du législateur exprimée dans le nouveau Code civil du Québec(46).

On retrouve un autre exemple du pouvoir du juge louisianais dans le concept jurisprudentiel de la responsabilité délictuelle stricte. Dans son ouvrage traitant de la dialectique juridique, le professeur Lévi a décrit le développement très graduel en common law du concept de la responsabilité extra-contractuelle de l'auteur d'un dommage envers ceux que ses actes ou omissions ont lésés(47). Il a fallu un siècle entier d'efforts judiciaires portant sur l'élargissement du principe plutôt étroit voulant qu'il doit y avoir un lien de droit entre l'auteur d'un dommage et sa victime, pour que les tribunaux de common law arrivent à la conclusion que, par exemple, le fabricant d'un objet défectueux est responsable des dommages causés par ledit objet en dépit du fait qu'il y ait entre le fabricant et la victime un grand nombre de vendeurs(48). Les tribunaux louisianais sont parvenus à un développement comparable par le biais de l'exégèse de l'article 2315 du Code civil(49). Cet article qui est l'équivalent louisianais de l'article 1382 du Code Napoléon, prévoit que "Every act whatever of man that causes damage to another, obliges him by whose fault it happened to repair it;..." "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"(50). Comme je l'ai déjà suggéré ailleurs(51), le concept de responsabilité délictuelle développé par les tribunaux louisianais va au-delà du concept de la responsabilité pour négligence de la common law et comprend "la responsabilité pour une faute d'un degré moindre que la négligence ou l'intention de nuire"(52).

Cela ne veut pas dire qu'en Louisiane le juge s'est arrogé des pouvoirs du législateur. Tout au contraire, les décisions de notre Cour suprême attirent souvent l'attention du législateur sur une difficulté ou une erreur dans l'article du Code ou la loi en discussion, et il n'est pas rare de voir nos tribunaux rendre un jugement conformément à leur propre compréhension du texte de loi, même lorsqu'il est clair que le législateur avait en vue un autre résultat. Ce phénomène est illustré par

la décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire State v. Brown(53), où l'État portait accusation pour meurtre d'un foetus. Avant la décision rendue dans l'affaire Brown, la législature de l'État avait modifié la définition de "personne" contenue dans le Code criminel de la Louisiane pour y inclure un foetus dès le moment de sa fécondation et de son implantation(54). Il était évident que l'intention du législateur était d'inclure le "foeticide" dans la définition de meurtre. Cependant, comme s'en aperçut la Cour suprême, le Code criminel définit le meurtre comme étant le fait de tuer non une personne mais plutôt un être humain. En l'absence de la définition, par la loi, de l'être humain, la Cour suprême a retenu celle de la common law, qui est limitée à "l'être humain né vivant". La décision portant condamnation pour meurtre fut cassée, et la Cour laissa au législateur la tâche de modifier à nouveau la loi concernant le meurtre, de façon à parvenir expressément à ce que la définition précédente visait sans y avoir réussi(55).

L'article 3 du Code civil de la Louisiane prévoit que "Les coutumes sont les résultats d'une longue série d'actions répétées constamment, ayant par cette répétition et leur acceptation ininterrompue, acquis la force d'un consentement tacite commun"(56). Et l'article 21 prévoit que : "En matière civile, lorsqu'il n'existe pas de droit clairement arrêté, le juge doit rendre sa décision selon les principes de l'équité. Pour juger en équité, il doit être fait appel à la raison et au droit naturel ou aux usages, lorsque le droit positif est muet"(57). On peut ainsi voir qu'en Louisiane l'article 21 demande au juge de rendre sa décision selon les usages lorsque le droit positif est muet. L'article 3 définit ces usages. Ainsi, on peut constater que le Code civil de la Louisiane prévoit et requiert en même temps que le juge adapte le droit écrit d'après les us et coutumes. On a, à cet égard, un exemple concluant de création du droit par les tribunaux, à savoir la création d'un Code minier à partir de la coutume des redevances et des baux miniers(58).

Il y a lieu de noter que, tout en adoptant le Code Napoléon, la Louisiane connaissait néanmoins des différences importantes entre ces institutions et celles de la France de la Révolution. L'anticléricalisme aigu de la Révolution française ne s'est vraiment jamais manifesté en Louisiane pendant sa période coloniale, ni lorsqu'elle est devenue un territoire et ensuite un État. Les Louisianais n'ont jamais manifesté de méfiance profonde envers le clergé et, en conséquence, n'ont jamais fait preuve de tendances à la laïcisation - ce qui fut une des

motivations principales du Code Napoléon. Ils n'ont pas non plus manifesté, pendant la phase coloniale, de défiance à l'égard des représentants du gouvernement de la Métropole. En fait, pendant la période de la Révolution française, la "plantocratie" avait très peur des effets de l'idéologie et des pratiques révolutionnaires sur la main-d'oeuvre servile qui, à cette époque, était indispensable à la survie de l'économie agricole(59). Certains ont soutenu que la Louisiane, en accordant au juge un rôle considérable et créateur dans l'élaboration du droit, malgré le but manifeste du Code Napoléon de priver le juge d'un tel rôle, avait suivi la tradition espagnole. Louis Moreau Lislet, qui fut l'un des rédacteurs des Codes de la Louisiane de 1808 et de 1825, a cité Las Siete Partidas comme l'une des sources de l'article 3 du Code de 1808(60). Cela prouve que la législature de la Louisiane, en adoptant l'article 3, entendait bien que cet article s'inspirât, quant au fond, du concept espagnol de coutume(61).

L'expérience de la Louisiane avec le Code civil a été celle d'une évolution continue, ponctuée de périodes de réformes importantes quoique seulement partielles. Dès le début, en 1808, le Code louisianais fut - malgré l'influence manifeste de Las Siete Partidas - beaucoup plus proche et fidèle au Code Napoléon que ne l'était le Code québécois de 1866. Néanmoins, si l'on peut en juger d'après les commentaires faits sur la condition du Code du Québec(62), le Code louisianais s'est avéré plus souple et adaptable aux besoins changeants d'une société en mutation que ne l'a été le Code québécois de 1866.

Je suis d'avis que cela est dû, en grande partie, au rôle plutôt actif joué par le juge dans l'élaboration du droit en Louisiane. Dans cette communication, nous n'avons pu toucher qu'à quelques-uns des faits saillants de notre jurisprudence en droit civil, en particulier le Code minier et la responsabilité délictuelle fondée non sur la négligence mais sur la faute. Les tribunaux de la Louisiane ont, dans des centaines de décisions touchant à divers aspects du droit privé, adapté la terminologie souvent archaïque du code aux usages et aux significations du langage moderne, et ont réellement créé, par leur jurisprudence, un mécanisme de codification permanente.

Bien qu'il ne soit pas douteux que la jurisprudence interprétative et abondante de nos tribunaux explique en grande partie la souplesse du Code civil de la

Louisiane, la tendance de nos juges à accorder un peu trop facilement de connotations vernaculaires nous a, à mon avis, fréquemment éloignés de l'esprit du Code. Je me suis donc efforcé, comme de nombreux juristes louisianais, de réinstaurer dans nos tribunaux le juste usage de la méthodologie civiliste et, en particulier, j'ai cherché un retour aux sources principales pour une compréhension juste du Code - les commentateurs, surtout français, qui ont expliqué le Code civil en détail.

Ceux qui sont à l'avant-garde de la renaissance civiliste en Louisiane sont convaincus que notre Code civil est et peut demeurer un instrument viable de gouvernement et que la fonction que devraient remplir nos juges en est une d'interprétation selon la tradition civiliste et en conformité avec l'esprit du Code.

Nous croyons qu'il demeure possible d'atteindre un équilibre "sacré" entre d'un côté les exigences d'une société complexe en pleine évolution et de l'autre la sagesse des codificateurs.

NOTES :

1. M. BARHAM, "A renaissance of the Civilian Tradition in Louisiana", 33 La. L. Rev. 357 (1973), à la p. 369.

2. MORROW, "An approach to the Revision of the Louisiana Civil Code", 23 Tul. L. Rev. 478 (1949), à la p. 481.

3. P.A. CRÉPEAU, Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. off. du Québec, 1978, p. XXVI.

4. Ibid., p. XXVI.

5. Ibid., p. XXVII.

6. Ibid., p. XXVII.

7. Commencé en 1786.

8. Promulgué en 1794.

9. Voir C.J. FRIEDRICH, "Appendix I : Law and History", The Philosophy of Law in Historical Perspective, 1963, 251.

10. Ibid., 134.

11. Le journal les Annales a été publié à l'Université de Paris à partir de 1928.

12. Voir, par exemple, A.O. LOVEJOY, The Chain of being in Eighteenth- Century Thought, and Man's Place and Role in Nature, "The Great Chain of being : A study of the History of an Idea", 183 (1936) ; M. HAYDN, The Christian-Classical Ideals of Limit, "The Counter-Renaissance", 293 (1950).

13. A. KOYRE, From the Closed World to the Infinite Universe, (1957).

14. Projet de Code civil du Québec, Rapport sur le Code civil, Éd. off. du Québec, 1978, vol. I, art. 1-14.

15. Voir, par exemple, la discussion sur le système de droit continental versus le système de droit de common law, in GROSS, "Adversaries, Juries and Justice", 26 Loy. L. Rev., 525 (1980).

    Le professeur A. TUNC explique la profonde méfiance du peuple français envers les tribunaux : "A la veille de la Révolution, on disait encore : Dieu nous protège de l'équité des Parlements", in "The grand

Outlines of the Code", The Code Napoleon and the Common Law World, éd. par B. Schwartz, 1956, p. 19.

17. Voir, par exemple, FRIEDRICH, "The Ideological and Philosophical Background", in The Code Napoléon and the Common Law World, éd. par B. Schwartz, 1956, p. 1.

18. Voir, par exemple, CASSIN, "Codification and National Unity", in The Code Napoléon and the Common Law World, éd. par B. Schwartz, 1956, p. 46.

19. Voir par exemple, RHEINSTEIN, "The Code and the Family, Ibid., p. 139.

20. Voir, R. PERROT, "The Judge : The Extent and Limit of his Role in Civil Matters", 50 Tue. L. Rev. 495 (1976).

21. Ibid., à la p. 496.

22. Ibid.

23. Voir, supra, note 20.

24. Perrot, supra, note 20, à la p. 498.

25. Ibid, aux pp. 499-500.

26. Ibid, à la p. 501.

27. LA. REV. STAT. ANN. ●24:204 (1938).

28. TUCKER, "Tradition and Technique of Codification in the Modern World : the Louisiana Experience", 25 La. L. Rev. 698 (1965).

29. MORROW, précité, supra, note 2, aux pp. 486-487.

30. TATE, "The Law-Making Function of the Judge", 28 La. L. Rev. 211, (1968), à la p. 222.

31. MORROW, "Louisiana Blueprint : Civilian Codification and Legal Method for State and Nation", 17 Tul. L. Rev. 351 (1943).

32. TATE, précité, supra, note 30, à la p. 211.

33. BARHAM, précité, supra, note 1, à la p. 357.

34. Code civil de la Louisiane, art. 21.

35. BARHAM, "Methodologie of the Civil Law in Louisiana", 50 Tul L. Rev. 474 (1976), primitivement paru sous le titre "La méthodologie du droit civil de l'État de Louisiane", (1975) Revue internationale de droit comparé, 797.

36. 150 La. 756, 91 So. 207 (1922).

37. BARHAM et TATE, "Jurisprudential Development in Louisiana Civil Law", 34 La. L. Rev. 953 (1974) ; TUCKER, "Au-delà du Code civil, mais par le Code civil", 34 La. L. Rev. 5 (1974).

38. 1974 La. Acts, No 50, préface.

39. BARHAM, supra, note 35, pp. 487-88.

40. Breedlove v. Turner, 9 Mart. (O.S.) 353 (La. 1821).

41. BARHAM, précité, supra, note 35, 474, à la p. 485.

42. Ibid., à la p. 494.

43. 388 So. 2d. 1151 (La. 1980).

44. Code civil de la Louisiane, art. 919.

45. Voir la Note de CH. PENOT, "Succession Rights of Illegitimates in Louisiana", 27 Loy. L. Rev. 237 (1981).

46. Voir, CRÉPEAU, précité, supra, note 3, à la p. XXIX.

47. H. LEVI, An introduction to legal reasoning, (1949).

48. Ibid.

49. Code civil de la Louisiane, art. 2315.

50. Ibid.

51. BARHAM, précité, supra, note 35, aux pp. 490-491.

52. Ibid., à la p. 490.

53. State v. Brown, 378 So. 2d., 916 (La. 1979)

54. LA. REV. STAT. ANN. § 14: 2(7), tel qu'amendé par La. Acts 1979, n°. 256, § 1.

55. Voir la Note de E. DOWNING' "Feticide is still Legal in Louisiana", 26 Loy. L. Rev. 422 (1980).

56. Code civil de la Louisiane, art. 3.

57. Ibid., art. 21.

58. Ibid., art. 13-14 ; BARHAM, & TATE, précités, supra, note 37 ; BARHAM, "La méthodologie du droit civil de l'État de Louisiane", (1975) Revue internationale de droit comparé, 797, à la p. 815 ; SANDERS, "The Judge: The Extent and Limit of his Role in a civil law jurisdiction", 50 Tul. L. Rev. 511, à la p. 513 (1976).

59 FIEHRER, "The African Presence in colonial Louisiana: An Essay on the Continuity of Caribbean Culture", Louisiana's Black Heritage, R. Macdonald, J. Kemp & E. Haas, éd., 1979. Voir aussi, LACHANCE, "The Politics of Fear : French Louisiana and the Slave Trade, 1786-1809", 1 Plantation Society in the Americas, 162, (1979).

60. W. Th. TÊTE, "the Code, custom and the courts: Notes toward a Louisiana Theory of Precedent", 48 Tul. L. Rev. 1, (973) à la p. 8.

61. Il existe d'importantes discussions sur la survie de concepts français et espagnols dans le Code civil de Louisiane. Pour une discussion contre le point de vue exprimé ici, voir FRANKLIN, "The Place of Thomas Jefferson in the Expulsion of Spanish Medieval Law from Louisiana", 16 Tul. L. Rev. 319 (1942).

62. Voir, CRÉPEAU, précité, supra, note 3, aux pp. XXV-XXVI ; CRÉPEAU, "Civil Code Revision in Quebec", 34 La. L. Rev. 921 (1974).

M. G. Cornu :

Deux observations brèves ; la première, sur les risques d'insertion du droit nouveau. Il serait malséant pour un hôte de passage de prendre parti trop carrément, autrement que sur le plan scientifique, sur les mérites respectifs de la codification globale et de la codification par tranches. La vérité est que toute réforme s'oppose, rencontre une résistance. Et c'est devant ce phénomène que les codificateurs doivent se placer. Lorsque la sève monte, l'arbre dit non, mais quel arbre? Il me semble que le phénomène de rejet, si l'on peut analyser la réaction des Français au mouvement de réforme profonde de ces dernières années, le mouvement de rejet n'est jamais populaire. Ce n'est pas le consensus populaire qui manque. La résistance est professionnelle et doctrinale. Ceux qui s'opposent à la réforme de la procédure civile, ce sont les professions judiciaires qui, pour la première fois, viennent sur le pavé de la place Vendôme. Ce ne sont pas les justiciables. Ceux qui s'opposent aux droits de la filiation, ce sont les pontifes, les auteurs du droit de la filiation.

Et c'est pourquoi, dans un premier temps, on pourrait penser que le véritable sujet de notre colloque, c'est, en réalité, du point de vue de l'insertion : codification, non valeurs, cris, protestations et chuchotements. Car d'abord, on s'aperçoit de toute la pesée de l'ancien sur le nouveau pour l'interprétation. On a parlé de la prestation compensatoire, on réussira bien à réinfuser la pension alimentaire pour interpréter la prestation compensatoire en dépit de l'impulion que le législateur a mis à changer pension en prestation et alimentaire en compensatoire ; c'était tout de même assez significatif, mais non. Le pessimisme est également de mise quand on voit que cette résistance est celle des intérêts et des habitudes.

Contre le divorce par consentement mutuel, le Barreau se drape dans la morale et il faut que des voix perfides nous suggèrent que l'une des raisons de cette opposition serait peut-être que le divorce par consentement mutuel, n'exigeant qu'un avocat, leur ôte la moitié du pain de la bouche. Et la réforme fondamentale du droit civil exige la refonte de l'ensemble des ouvrages de droit civil. C'est pénible. Et cependant, il me semble que cette vue pessimiste est de mauvais aloi et que cette résistance doit susciter en nous d'autres sentiments. D'abord le respect, le respect parce que c'est la nature humaine, et quand un homme de 50 ans dans toute la force de sa réussite professionnelle, bâtonnier, doit revenir

sur les bancs de l'école pour apprendre le divorce qu'il a pratiqué depuis 30 ans, on comprend son écoeurement et on le respecte. Et d'un autre côté, on se dit, et on va vers l'optimisme aussi, qu'à ce respect, doit suivre la fermeté de la part des autorités, mais aussi la douceur et la diplomatie et l'on s'aperçoit qu'à un certain moment donné, c'est le pari qu'il faut faire. Le retournement s'opère, les avocats découvrent que le divorce par consentement mutuel demande moins de temps et rapporte autant d'argent. Les auteurs s'aperçoivent que la codification est le point de départ d'un prodigieux essor pour la librairie, l'imprimerie et l'on aperçoit tous les commentaires qui fusent et qui renouvellent la doctrine. Vive la codification!

La deuxième observation se rapporte au rôle du juge dans la mise en oeuvre. Et je voudrais simplement apporter une précision ponctuelle sur l'évolution du droit français nouveau en l'enfermant dans ses limites. Commençons par mettre de côté, parce que cela n'a rien à faire dans cette affaire, la question de la jurisprudence, source de droit, dans les hypothèses où il y a, je dirais, imperfection originelle de la loi. Cette question est très importante, elle est irréductible et quand il y a imperfection originelle, il y a silence, il y a lacune, il y a erreur de rédaction, il y a insuffisance et là, il faut affirmer très fort que le droit français n'a pas changé mais qu'il se résout en deux propositions :

1) que le juge n'est pas une source de droit formelle, n'a pas de pouvoir normatif et

2) qu'historiquement, la jurisprudence prétorienne nous démontre le contraire, et je crois qu'on ne pourra jamais, en droit français actuel, modifier l'énoncé juridique du refus du pouvoir normatif et être aveugle devant l'apport historique considérable du pouvoir prétorien depuis les années 1850.

Commençons par mettre de côté les imperfections originelles et essayons de marquer en quoi, depuis 25 ans, l'évolution du droit français de la famille a transformé, mais sous un autre rapport, les relations du législateur et du juge. Il s'agit le plus souvent de lacunes intentionnelles. Et la vérité de cette évolution, elle est en ceci : le législateur, depuis 1964, n'a pas conféré au juge un pouvoir normatif sur des points particuliers et pourtant, on pourrait dire que toute l'évolution ou une partie importante de l'évolution consiste à dire : la loi nouvelle française a accru considérablement

le pouvoir du juge. Mais si ce n'est pas un pouvoir normatif, qu'est-ce que c'est? Eh bien, et c'est là que nous avons été, dans ce libre-échange international des codifications, certainement emmenés à emprunter des éléments à nos voisins.

Ce que le législateur a fait, c'est de faire du juge, par délégation ou autrement, ce que l'on pourrait appeler le législateur d'un cas particulier. Non pas pour lui dire : vous allez énoncer une règle au niveau de l'énoncé général, mais moi, législateur, j'ai prévu quelque chose, et vous, quand vous allez siéger longtemps après, vous verrez des hommes ; et, dans ce cas-là, vous aurez la possibilité probablement, dans ce cas individuel, qui est le cadre dans lequel la loi nouvelle a dynamisé le rôle du juge, vous aurez la possibilité de modérer, d'atténuer, de tempérer. Et c'est pourquoi, je crois que c'est le signe le plus important qui caractérise l'intervention des réformes nouvelles dans la conception des rapports du législateur et du juge en France. Je voulais le dire, et cette conviction me souffle une impertinence à l'égard de cet homme qui a été souvent cité et que j'admire tellement : tellement, d'abord parce que je suis Avignonnais, et qu'il est Aixois, et parce que c'est un grand exemple : Portalis. Je crois que Portalis a eu tort lorsqu'il a dit : "les juges sont avant la loi, viennent d'abord". Sur le Mont-Thabor, ce n'est pas un jugement qu'on nous a donné. C'est une loi. Et pour les hommes, c'est la même chose. Chronologiquement, la loi est d'abord. On nous donne la loi et il faut que l'on nous dise ce que l'on attend de nous. Le jugement vient ensuite. La loi est pour tous, mais le jugement est pour moi. Et en dernier, il y aura le jugement, et le pardon, je l'espère, pour moi.

M. J. Dugas :

Monsieur Portalis avait dit : "il y avait des juges avant qu'il y eût des lois", ce qui est, je pense, un jugement historique.

M. W. Schwab :

Je voudrais faire part de quelques petites observations qui risquent malheureusement d'être d'une banalité écrasante, mais on parle de codification des lois et on aboutit peut-être à l'encodage des lois. Cet encodage procède de ce que j'appellerai les trois degrés d'abstraction que l'on retrouve dans un Code. Je signale ce petit détail, mais si on décrit une réalité, c'est que d'abord cette réalité se trouve dans la langue de la

personne qui observe cette chose et l'on a un premier degré d'abstraction, ce qui est formulé dans un moyen conventionnel et un message structuré. Ce thème revient trois fois de suite. Il est ensuite encadré dans un texte juridique, deuxième degré d'abstraction et répétition de messages structurés ; moyen conventionnel ; pour se retrouver, en troisième lieu, dans ce texte législatif incorporé dans un Code, mais ce Code est un ensemble articulé. On a parcouru trois degrés d'abstraction, ce qui fait qu'à chaque niveau d'abstraction, on s'est éloigné de cette réalité qui était notre point de départ. D'où le tiraillement continuel entre, d'une part, cette accessibilité à la loi par tous, et son caractère systématique ou si l'on veut, son caractère hermétique, diraient certains. J'ai bien aimé ce petit mot d'une philosophie de la codification pour ne pas avoir une technique d'encodage, si on veut, parce que le tout bouge de concert et on a constamment des impératifs qui sont difficiles à réconcilier. Je dirai tout simplement que le défi, c'est de connaître une technique ou des techniques sans pour autant être technicien.

L'insertion du droit nouveau exige plus qu'une connaissance ou des connaissances juridiques, elle nécessite une culture juridique.

M^me^ Thérèse Meulders-Klein :

Je voudrais dire jusqu'à quel point j'ai été d'accord et même profondément d'accord avec tout ce qu'a dit mon collègue, le professeur Van Gerven et c'est pourquoi je peux me limiter à dire ce sur quoi je ne suis pas d'accord.

Ce que je voulais dire en premier lieu concernait le juge national et, sur ce point, je peux m'abstenir, parce que monsieur le professeur Cornu s'est exprimé encore beaucoup mieux que je n'aurais pu le faire.

J'arrive donc à la deuxième chose qui me préoccupe énormément, c'est le rôle du juge sur le plan international et, notamment, l'allusion qui a été faite très clairement aux pouvoirs qu'ont les juges de la Cour européenne des droits de l'homme d'abroger implicitement, par voie d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme et du principe d'application directe de cette interprétation dans les États qui ont ratifié la convention, ce pouvoir de superlégislature que pourraient acquérir la Cour et les juges de la Cour européenne des

droits de l'homme. C'est un aspect auquel les États européens n'ont pas encore suffisamment songé que, en signant et en ratifiant cette charte fondamentale des droits de l'homme, en se donnant une cour susceptible de vérifier, de contrôler l'application des principes fondamentaux auxquels ils ont souscrit, ils pouvaient, si on poussait la théorie suffisamment loin, aboutir à renoncer à leur propre souveraineté en matière de législation nationale.

Or, dans l'affaire Marckx, que s'est-il passé? La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la législation belge, le Code civil belge, dans la mesure où les dispositions concernant la filiation naturelle de l'enfant à l'égard de sa mère violeraient l'article 8 et l'article 14 de la convention, l'article 8 étant celui qui prévoit le respect de la vie privée et familiale. Ce qui est neuf et révolutionnaire dans cette affaire, c'est que, pour la première fois, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété un article de la Convention comme comportant, non pas une disposition, une obligation négative, mais une obligation positive pour l'État.

En d'autres termes, non seulement l'État n'a pas le droit de s'immiscer arbitrairement dans la vie privée et familiale des individus, mais il a, en outre, l'obligation positive de leur fournir, au travers de sa ligislation et de sa législation civile - qui est le bastion traditionnel des principes qu'un État se réserve - les conditions propices à l'établissement de relations familiales normales entre l'enfant et sa mère, et la famille de celle-ci, et sans doute aussi, bien que l'arrêt ne l'ait pas dit, eu égard aux circonstances de l'espèce, entre l'enfant et son père ou éventuellement la famille de son père. Sur le fond, la solution est sans doute légitime et l'on peut être d'accord avec le principe. Malheureusement le dispositif repose sur une motivation détestable, en particulier sur des erreurs de droit et sur une approche comparative extrêmement superficielle et fausse de l'état des législations européennes en matière de filiation. La motivation est donc détestable, je le répète, même si le fond est acceptable.

Mais là où je commence à être véritablement très inquiète, c'est lorsque l'on se met à parler d'"application directe", et c'est sur ce point que je me démarque absolument de mon collègue Van Gerven. Selon cette théorie, la convention européenne des droits de l'homme étant directement applicable en Belgique au même titre que le droit interne, et ayant même priorité sur lui, les juges belges devraient dorénavant refuser d'appliquer les dispositions du droit encore en vigueur, au

motif qu'ils seraient en contradiction avec l'article 8 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg; ce qui reviendrait à une abrogation implicite de la loi et, à mon sens, à une violation du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. C'est du reste, la raison pour laquelle, cette position est actuellement vivement controversée en Belgique, car il est difficilement pensable qu'en rectifiant la Convention, l'État belge ait également accepté à l'avance l'application directe d'une interprétation incertaine et imprévisible qui aboutirait, au surplus, à la violation d'un principe constitutionnel. Lorsque c'est la loi elle-même qui est condamnée, et qu'il est exibé que l'État donne un statut civil nouveau à l'enfant né hors mariage, la seule mesure d'exécution possible incombe au législateur.

Au surplus, je voudrais souligner le danger d'une telle solution en opérant un rapprochement très bref avec le pouvoir de contrôle sur le fond des législations étatiques et le rôle de "superlégislature" que la Cour suprême des États-unis s'est arrogé par la voie du contrôle du substantive Due Process. Est-il sage que les États européens s'engagent dans une voie analogue, sur base de l'interprétation d'une charte qui ressemble très fort à ce que l'on a appelé récemment, et sans intention péjorative, "les glorieuses ambiguïtés" de la Constitution américaine? Je crains que si nous empruntions cette voie, les États européens peuvent bientôt la liberté de se donner les codes civils de leur choix, et que les questions que nous posons ici n'aient plus guère de raison d'être.

M. W. Van Gerven :

J'aimerais ici prendre une position personnelle en ce qui concerne l'effet direct de la convention. J'ai dit : si l'effet direct est accepté, il appartiendrait aux tribunaux belges. Mais il y a une partie considérable de la doctrine qui accepte l'effet direct.

M. Dugas :

La réaction est sans doute la même en Angleterre, au niveau des juges, depuis l'affaire Sunday Times.

M. Jacques Ghestin :

J'ai particulièrement apprécié l'intervention de mon collègue le doyen Cornu et j'exprime bien sûr un

entier accord sur ce qu'il a dit, ce qui me permettra d'être bref, mais pour exprimer un désaccord sur un point particulier. Ce point particulier, c'est que la question est controversée, en France, de savoir si le juge a, véritablement, un pouvoir normatif ou s'il n'est qu'une autorité historique, comme l'a dit le doyen Cornu. Personnellement, je pense que le juge a un pouvoir normatif et que cela est consacré par les institutions.

Dès l'instant où il y a une Cour suprême qui a, institutionnellement, le pouvoir d'imposer son interprétation de la loi à toutes les autres cours, elle a, incontestablement, un pouvoir normatif qui n'est pas un simple pouvoir de fait, mais un pouvoir de droit. Comment expliquer ce pouvoir normatif malgré les textes du Code civil? L'article 5 du Code civil, qui interdit les arrêts de règlements et l'article 4, qui lui ordonne d'interpréter la loi, qui lui en fait le droit et le devoir. C'est tout simplement parce qu'il y a ce pouvoir d'interprétation et que l'interprétation par la Cour suprême, vient s'incorporer à la loi et acquiert exactement la même force que la loi elle-même. Autrement dit, dans un droit moderne, il y a la loi et il y a autour de la loi tout un contexte d'interprétation qui vient faire absolument corps avec la loi elle-même et qui a la même valeur que la loi. À ce point que, lorsque la Cour de cassation française vient casser une décision, elle le fait en citant un texte de loi mais ensuite, en rappelant sa propre jurisprudence, son interprétation qui est créatrice et normative.

M. J. Dugas :

Il est évident que sur ce point il y a une discussion jamais close en France.

M. François Terré :

On essayait justement de clore cette discussion, et je m'en veux d'intervenir, ayant trop parlé ce matin, pour mettre d'accord mon collègue Cornu et mon collègue Ghestin. Que la jurisprudence soit ou non une source du droit, laissons ce problème de côté, mais disons que lorsque le Code civil a été élaboré, lorsqu'il y a eu ce grand mouvement, la codification napoléonienne, ce qu'on avait voulu c'était surtout de résoudre les difficultés et assurer l'ordre social par la loi et non pas par la jurisprudence.

Or, que constate-t-on à notre époque? C'est que loin de diminuer les pouvoirs du juge, loin de combattre l'arbitraire des tribunaux, comme c'était le cas à l'époque de la codification napoléonniene, il n'est pas une seule réforme de la législation française depuis 30 ans qui n'ait augmenté les pouvoirs des juges. C'est vrai en droit pénal, avec les possibilités d'aménagement considérables, dues à ce que l'on appelle "l'individualisation de la peine". C'est vrai en droit civil à partir du moment où la réforme des incapables majeurs, par la loi du 14 décembre 1964, a fait du juge des tutelles un administrateur des patrimoines. Ce fut vrai, lorsque la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux a donné un pouvoir important au juge quant au changement du régime matrimonial. Ce fut vrai trois ans après, lorsque la loi du 3 janvier 1968 a étendu les pouvoirs de protection des incapables à tout ce qui concerne les incapables majeurs, c'est-à-dire la zone de 500 000 personnes dont l'esprit est dérangé et dont le droit a décidé de s'occuper à ce moment-là. Ce fut vrai ensuite lorsque la loi du 4 juin 1970 a transformé la puissance paternelle en autorité parentale. Ce fut vrai lorsque la loi du 3 janvier 1972 a réformé complètement le droit de la filiation et a été à l'origine d'un mouvement jurisprudentiel considérable et ce qui est vrai dans le droit pénal, ce qui est vrai dans le droit civil l'est aussi dans le droit des sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1966, qui a augmenté les pouvoirs du juge dans la régularisation des sociétés, lui donnant un pouvoir considérable. Ce fut vrai avec la loi du 13 juilet 1967 qui a donné au juge, en matière de faillite, des pouvoirs considérables qu'il est d'ailleurs parfaitement incapable de remplir, compte tenu de l'indigence intellectuelle des membres des tribunaux de commerce.

Et tout ce phénomène général qui a consisté à augmenter les pouvoirs des juges nous pose tout de même aujourd'hui un problème par rapport à la codification des temps anciens. Est-ce que l'on peut demander aux juges d'être des administrateurs de patrimoine, d'être devenus des redistributeurs de richesses? Le juge est devenu véritablement un redistributeur de richesse et son rôle s'est vite étendu dans tous les domaines. L'impérialisme judiciaire ne fait que se développer à la faveur même de quelques lois éparses comme la loi sur la révision des clauses pénales. On avait dit que ces clauses pénales ne devraient être révisées que dans des cas exceptionnels, lorsque ces clauses étaient manifestement exagérées ; mais demandons à l'ordinateur de nous informer en la matière.

Le problème qui se pose dans la perspective des codes rénovés est de savoir : il est très bien de nous faire de bons codes mais il faut nous faire ensuite de bons juges. Que deviennent les bons codes sans de bons juges? Et peut-on avoir une élite de bons juges quand on en veut beaucoup? La qualité et la quantité sont en cause dans une perspective qui est celle de la France actuelle ; s'il y a une crise de notre droit, elle est d'abord une crise de la justice, indépendamment du point de savoir si la jurisprudence est une source ou n'est pas une source du droit. C'est Cicéron qui, se promenant un jour au bord d'un ruisseau, a inventé l'expression de "source du droit" et je me demande si,finalement, on peut tirer quelque profit formidable des vertus de l'hydraulique?

M. J. Dugas :

Mesdames et messieurs, acceptez sans cris, sans protestations et sans chuchotements que je lève la séance.

ATELIER I : **LA PERSONNE - PROTECTION DE L'INCAPABLE**
présidé par madame **Michèle Rivet**, juge à Montréal.

Conférenciers : Monsieur **Farouk Mechri**, Tunis
Madame **Édith Deleury**, Québec
Monsieur **Edward Keyserlingk**, Ottawa
Monsieur **Rainer Frank**, Augsbourg

ATELIER I

présidé par M^me^ Michèle Rivet, juge, Montréal

LA PERSONNE - PROTECTION DE L'INCAPABLE

M^me^ Michèle Rivet :

Cet après-midi, nous abordons, dans le cadre de ce colloque, l'étude de la protection de l'incapable. En rencontrant les conférenciers un peu plus tôt, et après avoir lu leurs textes, je me suis rendu compte que les points de vue étaient extrêmement variés, ce qui, d'ailleurs, fait la richesse des différents exposés. Je me suis posé au départ la question de savoir s'il ne convenait pas de définir d'abord certains termes, et j'ai pensé en tout premier lieu à la définition de la notion de l'incapable.

Traditionnellement, la notion de droit civil de l'incapable est celle de la personne que l'on doit protéger, qu'elle soit mineure, qu'elle soit majeure, et à qui l'on donne le système traditionnel de curatelle. On s'aperçoit finalement que, depuis un certain nombre d'années, cette notion éclate, et au Québec, un bon nombre de lois sont intervenues pour ajouter à ces notions de droit civil. Je pense, par exemple, à la Loi de la curatelle publique(1), à la Loi sur la protection du malade mental(2). Je m'interrogeais, aussi, de savoir s'il ne convenait pas de définir encore plus largement cette notion d'incapable.

Quand on pense aux travaux de la Commission de réforme du droit du Canada, où l'on s'interroge sur le respect de la vie de l'enfant non encore né, sur le caractère sacré de la vie, le respect de la volonté de mourir, est-ce qu'il ne s'agit pas là, sans doute aussi, de personnes qui, à un moment ou à un autre, sont des incapables et sur lesquelles il convient que l'on s'arrête quelques instants. Je pense que les intervenants auront l'occasion de donner leur opinion sur cette question. Mais si l'on

---

1. L.Q. 1971, chap. 81.

2. L.Q. 1972, chap. 44.

va si loin dans la définition de l'incapable, il s'agit de voir à ce moment-là si, vraiment, cet incapable peut être régi par des règles de droit civil. Somme toute, et l'on reprend par là certaines discussions de la Commission de réforme du droit du Canada, est-ce qu'il convient de légiférer? Je donnais à l'instant un exemple sur le malade qui va mourir et sur la volonté de mourir et la dignité de la mort. Et si l'on arrive à cette conclusion, est-ce qu'il convient de légiférer à l'intérieur du droit civil, est-ce que somme toute, ce n'est pas un droit qui est beaucoup trop mouvant?

Mais je vais laisser la parole à nos conférenciers. J'aimerais, cependant, que l'on reprenne la discussion sur ces différents points, que l'on déborde les concepts traditionnels de l'incapable et qu'on voit jusqu'où le Code civil, jusqu'où le droit civil peut aller pour faire, finalement, un tout cohérent de ces personnes qui sont incapables, de manière permanente ou de manière tout à fait temporaire.

Je laisse la parole à monsieur Mechri. Monsieur Mechri arrive de Tunis où il est directeur du Département de droit privé des sciences criminelles à la Faculté de droit, des sciences économiques et politiques de l'Université de Tunis.

M. F. Mechri :

Il n'est pas de notre propos de vous faire une présentation du droit positif tunisien concernant le régime de protection des incapables ; tels ne sont pas, d'ailleurs, le thème et la vocation de notre présente rencontre. Il n'est point, non plus, dans notre ambition de présenter ici des solutions ou des propositions relatives au problème qui nous réunit et qui résulteraient d'un examen critique des multiples régimes de protection des incapables retenus par les différents systèmes juridiques. Notre propos se bornera, plus modestement, à partir de notre connaissance du droit positif tunisien en la matière et de celle de certains droits étrangers, à présenter des observations de portée relativement générale, de nature à susciter, à amorcer ou à alimenter une réflexion commune au confluent des notions de codification, de valeurs et de langage. Dans cette perspective, nous avons préféré présenter différentes observations successives, chacune pouvant servir de point de départ à une réflexion commune, plutôt que de tenter d'enfermer le raisonnement dans une présentation académique dont le bel ordonnancement donne à l'exercice un caractère achevé et

définitif, mais risque de transformer, par là-même, la simple observation en véritable message.

1e OBSERVATION

La première observation que l'on peut faire à l'examen de notre droit positif, mais la remarque vaut également pour la plupart des systèmes juridiques étrangers, c'est que le domaine des incapacités et la protection des incapables n'est pas un domaine du droit qui fait l'objet d'une codification particulière et autonome.

L'on peut s'interroger sur cet état de choses et tenter de l'expliquer par les considérations suivantes:

- Si le domaine des incapacités (et corrélativement la protection des incapables) ne constitue pas un secteur d'élection de la méthode de codification, c'est que la méthode de codification a été essentiellement utilisée pour réglementer des secteurs d'activités économiques (Code des obligations et des contrats, Code de commerce, Code maritime, Code douanier), professionnelles (Code du travail), judiciaires (Code de procédure), administratives, ou pour assurer la défense de la société (répression de la délinquance, organisation de la famille, dévolution des biens).

- Dans la conception classique, la méthode de codification vise, notamment, à la réalisation d'un instrument (le Code) voué à une certaine pérennité. Or, la protection des incapables (et, de manière plus générale, le droit des personnes dont elle fait partie) ne constitue pas un terrain d'élection pour la technique de la codification en raison de son caractère mouvant ; le doyen Jean Maurice Verdier a pu remarquer en ce sens : "Dans une société qui change au rythme de l'accélération de l'histoire, aucun juriste n'a droit au confort intellectuel des systèmes immuables et des théories abstraites; chacun doit accepter et rechercher les remises en question que fait sans cesse la vie. Or elles sont plus fréquentes dans le droit des personnes que partout ailleurs, puisqu'il touche à la vie de tous et de tous les jours"(1).

- Enfin, on peut se demander tout simplement si l'absence de codification particulière et autonome, visant à établir un véritable statut d'ensemble des incapables, ne traduit pas un certain désintérêt du

législateur à l'égard de cette catégorie de personnes. Dans nos sociétés dominées par l'économique, où l'être humain n'est trop souvent appréhendé qu'à travers sa dimension d'agent d'activité, on se trouve, à leur égard, en présence d'une catégorie marginale d'individus. Si tel est le cas, ne peut-on dès lors souligner, qu'autant la codification peut être le vecteur des valeurs qui imprègnent et animent une société, autant l'absence de codification est-elle, aussi, de nature à traduire et à révéler les échelles de valeurs véhiculées par les sociétés?

2e OBSERVATION

Dans les pays où la catégorie des incapables n'a pas fait l'objet d'une codification particulière et autonome, mais où ceux-ci bénéficient quand même d'une protection légale, on se trouve en présence d'une codification éclatée.

Tel est le cas en Tunisie. Les premières dispositions législatives, visant à assurer une certaine protection des incapables, ont été incorporées dans le Code des obligations et des contrats, promulgué en décembre 1906, et sont toujours en vigueur. À l'heure actuelle, la matière des incapacités est traitée au Livre X du Code de statut personnel de 1956. Mais il faut y ajouter des dispositions éparses dans le Code des obligations et des contrats, dans le Code de commerce, dans le Code du travail, dans le Code pénal ainsi que dans certaines lois particulières comme la loi de 1967 relative au placement familial. La situation n'est pas radicalement différente en France où, s'il existe dans le Code civil des dispositions particulières visant à assurer la protection des incapables, elles sont loin d'épuiser toutes les dispositions françaises de protection des incapables, éparpillées dans d'autres codes et dans des lois particulières.

Une telle situation n'est pas sans présenter, à nos yeux, des inconvénients majeurs :

- La protection des incapables envisagée par différents codes, d'époques souvent différentes, réalisée au hasard de leurs activités différentes (l'incapable dans la vie civile : Code de statut personnel, Code des obligations et des contrats ; dans la vie commerciale : Code de commerce ; dans la vie professionnelle : Code du travail ; l'incapable délinquant : Code pénal) manque de philosophie

unitaire, traduit et véhicule mal des valeurs homogènes. Plus précisément, la protection des incapables réalisée à l'occasion d'une activité donnée, et s'inscrivant, en conséquence, dans le code relatif au secteur d'activité abordé, risque d'être plus rattachée à la philosophie et aux valeurs véhiculées par ce code, dans le secteur d'activité considéré, qu'à une philosophie globale correspondant à une approche et à une vision unitaire du domaine de la protection des incapables.

Est-il tout à fait justifié que, dans de nombreux pays, la majorité civile et la majorité pénale ne coïncident pas? La société semble plus prompte à se protéger des mineurs!

Est-il tout à fait justifié que dans certains pays, comme la France ou l'Algérie, les déments commettant des actes délictueux en répondent civilement et non pénalement?

Certes, l'on peut répondre que le droit civil et le droit pénal poursuivent des objectifs différents mais, justement, une telle objection traduit le fait qu'il n'y a pas une philosophie unitaire de la protection des incapables, mais diverses philosophies empruntant chacune au secteur d'activité dans laquelle elle s'inscrit. On peut, dès lors, s'interroger sur le point de savoir si une codification d'ensemble de la protection des incapables ne serait pas de nature, en raison d'une philosophie plus unitaire, à véhiculer des valeurs plus harmonieuses.

- Autant une codification d'ensemble peut apparaître comme un gage d'harmonie des solutions, autant la codification éclatée peut être source de contradictions et d'ambiguïtés.

Une illustration de ce danger peut être trouvée, dans notre droit positif, en matière d'émancipation des mineurs. La matière de l'émancipation est traitée dans plusieurs codes : Code des obligations et des contrats (art. 11 et 12), Code de commerce (art. 6), Code de statut personnel (art. 158). Des divergences apparaissent, aussi bien entre le Code de commerce et le Code des obligations et des contrats, qu'entre le Code des obligations et des contrats et le Code de statut personnel. En effet, le Code des obligations et des contrats prévoit une émancipation limitée, même en matière commerciale, alors que le Code de commerce exige une émancipation absolue.

De même, le Code des obligations et des contrats prévoit la possibilité de révoquer pour motifs graves l'autorisation d'exercer le commerce (art. 12) alors que le Code de commerce ne prévoit rien de tel. Le Code de statut personnel et le Code des obligations et des contrats divergent également sur la personne qui peut accorder l'émancipation ou sur l'autorisation d'accomplir certains actes équivalants à une émancipation relative.

3e OBSERVATION

L'examen du droit positif tunisien révèle que, dans le régime de la protection des incapables, l'accent a été plus sensiblement posé sur la protection des biens de l'incapable que sur celle de sa personne.

Ainsi, en droit tunisien, en ce qui concerne les mineurs, l'essentiel des dispositions du Code de statut personnel, relatives à leur protection, concerne la tutelle sur leurs biens. Les quelques dispositions relatives à la tutelle sur leur personne sont marquées par l'autorité quasi-absolue du père. En ce qui concerne la protection juridique du malade mental qui se réalise, soit par la théorie générale des obligations, soit par l'institution de l'interdiction, cette protection apparaît comme fondamentalement statique, en ce sens qu'elle vise, essentiellement, la conservation de la fortune acquise : le droit des contrats empêche le malade mental d'entrer sur la scène juridique pour ne pas exposer sa fortune aux risques inhérents aux transactions ; le caractère statique de la protection se manifeste, par ailleurs, sur le plan délictuel et quasi-délictuel, dans le principe fondamental de l'irresponsabilité civile lui permettant de ne pas exposer sa fortune aux risques inhérents à ses faits dommageables. La protection institutionnelle réalisée par l'interdiction du malade mental, qui est assurée par des techniques anciennes et souvent anachroniques, est fondamentalement orientée vers la conservation des biens. Un auteur a pu écrire à cet égard :

> "La politique législative qui est à la base des normes gouvernant la matière, se manifeste dans la notion même d'interdiction (empêchement légal à l'exercice des droits sur la fortune), dans l'étendue de l'incapacité et l'absence de règles assurant directement et principalement la protection de la personne(2)."

Cette approche particulière de la protection des incapables n'est pas propre au Code de statut personnel tunisien. Le Code civil français de 1804 en porte également l'empreinte : le doyen René Savatier, dans son ouvrage intitulé Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui(3) a écrit :

> "S'il est vrai que le droit civil a pour double objet le statut de la personne et le statut des biens, il nous est déjà arrivé de montrer combien restreinte était, en réalité, la place faite, dans le Code civil de 1804, à la personne, dans 515 pauvres articles, encore pleins d'ailleurs, de soucis pécuniaires... Sur les 515 articles du Livre intitulé "Des personnes", le Code de 1804 en consacre, à bon droit 145 à la condition des désarmés de la vie, des incapables. Mais à peine y est-il, en réalité, question de ces personnes elles-mêmes. L'essentiel dans le Code n'est pas la santé, l'éducation, le développement ou la réadaptation de ces personnes elles-mêmes, c'est la protection de leur patrimoine. À peu près muet sur ce qui intéresse l'homme lui-même, ces textes prennent un soin démesuré des biens de l'incapable."

Cette approche particulière de la protection des incapables, par son caractère cohérent, traduit certainement les valeurs animant la société à l'époque où ces codes sont apparus. Dans la société française de 1804, le droit était surtout construit pour des gens vivant du revenu de leurs biens et, à l'intérieur d'une population rurale, la plupart des orphelins avaient des droits sur un morceau de cette terre qui constituait alors le principal des biens.

Dans le cadre de cette approche, l'incapable était surtout pris en considération dans sa dimension patrimoniale, matérielle, et était en quelque sorte "mis entre parenthèses" dans sa dimension humaine, personnelle.

- L'incapable pris en considération dans sa dimension patrimoniale, matérielle. Les codes procédant de cet esprit reflètent la primauté du matériel dans l'échelle des valeurs de la société. L'incapable est d'abord perçu comme porteur de biens et agent potentiel dans l'activité économique. En ce sens, ce n'est pas le fruit du hasard si, en Tunisie, la première codification du régime de protection des incapables a été intégrée dans le Code des obligations et des contrats. L'incapable a d'abord été perçu dans sa dimension économique. L'on peut

également remarquer que cette codification du régime des incapacités dans le Code des obligations et des contrats, dans la mesure où elle avait pour résultat de poser des règles claires et précises, pouvait viser tout aussi bien à protéger les incapables qu'à assurer la sécurité des transactions.

- L'incapable mis entre parenthèse dans sa dimension humaine, personnelle. Dans les sociétés dominées par l'économique, où l'homme est d'abord source d'activité et de production et vecteur d'échanges, les incapables apparaissent comme une catégorie relativement marginale, car ils sont plus objets de protection que sujets d'activité. On ne les fait monter souvent à la vie juridique qu'à travers l'action et l'activité que d'autres personnes développent à leur place (tuteur, curateur, représentant). D'ailleurs, on parle moins dans ces codes des droits des incapables que des droits et devoirs de ceux qui agissent pour eux. La terminologie juridique employée (mineur, incapable, interdit, assisté, représenté) traduit cette situation et témoigne de la philosophie et des valeurs qui animent ce secteur du droit.

Si l'idéologie dominante n'a pas entièrement disparu, ce qui se traduit par le maintien de l'essentiel de ces dispositions codifiées, les mentalités ont, à l'heure actuelle, quelque peu changé. Le respect de la personne humaine, le souci de sa dignité, une conception plus dynamique de la protection de la personne visant à son adaptation ou à son épanouissement dans la vie sociale, sont des valeurs qui retiennent, plus que par le passé, l'attention, tant sur le plan international (Cf. art. 22 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1949, qui énonce que "Toute personne [...] est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité..") que national. Cette tendance à un certain rééquilibrage des valeurs se traduit par une modification des dispositions codifiées en la matière. Intervention souvent timide parce que se traduisant, la plupart du temps, par des réformes ponctuelles et non par une refonte d'ensemble de la matière codifiée ; ainsi, par exemple, en France, l'abaissement récent de l'âge de la majorité ou, en Tunisie, la modification du Code de statut personnel relative à la dévolution de la garde de l'enfant, modification selon laquelle désormais la dévolution de la garde de l'enfant par le juge, en cas de divorce des parents, doit se faire en fonction de l'intérêt de l'enfant.

4e OBSERVATION

Si les codes ne font souvent que véhiculer des valeurs qui imprègnent la société dont ils émanent, parfois la technique de la codification a été aussi utilisée comme un véritable cheval de Troie visant à introduire et à imposer, dans une société, des valeurs nouvelles. Cela est possible en raison de la dimension, du souffle et de l'ambition particulière qui caractérisent les codes par rapport aux autres instruments de la vie juridique, et qui leur confèrent un impact plus important.

Tel a été le cas en Tunisie avec la promulgation, en 1956, du Code de statut personnel qui a apporté dans le droit de la famille des innovations révolutionnaires : prohibition de la polygamie, remplacement de la répudiation par le divorce judiciaire. Ce faisant, on modernisait la loi pour moderniser les moeurs avec un souci de laïcisation certain. Malheureusement, les auteurs du Code de statut personnel, en consacrant le Livre X du Code aux incapacités, n'ont pas été animés du même souci d'innover, les règles édictées en ce domaine ayant été, pour l'essentiel, reprises du droit musulman. Il y a, sans doute là, preuve de sagesse car, dans un secteur aussi sensible, dans nos pays, que le statut personnel, il est impossible de tout bouleverser en même temps. Mais il y a, là, la preuve également que des choix ont été faits et que, dans l'esprit du législateur, le domaine de la protection des incapables n'est pas apparu comme prioritaire. Peut-être peut-on y voir également, du moins en ce qui concerne les incapables mineurs, qu'une réforme profonde devrait passer par une remise en question de la puissance paternelle, attribut du chef de famille (du père), et qu'il s'agit là d'une notion trop ancrée encore dans les moeurs et que la résistance sociologique serait trop grande, alors que la suppression de la polygamie, pour aussi importante qu'elle soit, avait le secours d'une certaine désuétude.

Dans notre domaine, le législateur n'a fait que suivre l'évolution des moeurs et des valeurs au sein de la société, ce qui ne s'est traduit que par de petites réformes ponctuelles et sporadiques : prise en considération de l'intérêt de l'enfant pour la dévolution de la garde ; la mère au décès du mari est désormais, depuis 1981, tutrice légale.

5e OBSERVATION

La technique de la codification ayant notamment pour vertu une présentation plus claire des questions juridiques afin d'en assurer une meilleure connaissance par ses usagers, afin que nul n'ignore la loi, on serait tenté de penser que les rédacteurs des codes, dans les développements qu'il consacrent à la protection des incapables, auraient fait un effort particulier de clarté et de simplicité, eu égard à la spécificité de la catégorie de personnes auxquelles ces textes s'appliquent. Or, dans les différents systèmes juridiques que nous connaissons, les rédacteurs des codes ne semblent jamais avoir été animés d'un quelconque souci en ce sens, comme si le texte ne leur était pas adressé : il concerne en fait d'autres personnes qui... Voilà encore une démarche qui serait peut-être de nature à traduire le caractère marginal de l'appréhension de cette catégorie de personnes.

6e OBSERVATION

La technique de la codification est classiquement présentée comme une technique ayant la vocation d'assurer une plus grande clarté dans l'exposition des solutions juridiques ainsi qu'une plus grande stabilité juridique (le Chancelier français Daguesseau ne pensait-il pas qu'il n'est point de codes qui ne renferment le voeu de la perpétuité) ; l'examen de notre droit positif révèle que les rédacteurs des codes, pour mieux assurer ce double objectif, clarté et perpétuité ont tour à tour utilisé un langage précis et souple.

- Un langage précis : dans un véritable souci pédagogique, les auteurs du Code de statut personnel, en ce qui concerne le Livre X consacré aux incapacités, ont multiplié les définitions (définition du prodigue, du dément, du faible d'esprit, etc.).

- Un langage souple : une terminologie souple a le mérite de donner plus de latitude à l'interprétation et par là-même, les solutions pourront évoluer et le texte s'adapter beaucoup plus facilement. Ainsi, la modification du texte, au hasard des modifications du contexte, s'imposera moins.

Il y a dans les textes codifiés, relativement à la protection des incapables, des termes d'une grande souplesse qui visent notamment à atteindre cet objectif :

tel est le cas des termes "acte d'administration", "intérêt de l'enfant", "dépenses de la vie courante".

Cette manière de procéder peut être particulièrement utile dans notre domaine, étant donné la grande mouvance déjà soulignée du droit des personnes, mais elle n'est pas sans inconvénients :

- Ce que le texte codifié gagne en pérennité, il risque de le perdre en ce qui concerne sa précision et sa clarté(4).

- La souplesse recherchée peut ne pas être suffisante ou appropriée aux mutations et à la complexité du contexte tant il est vrai, comme le soulignait déjà Pascal, que "l'imagination se lassera plutôt de concevoir que la réalité de fournir".

NOTES :

1. Conf. "Les grandes tendances de l'évolution du droit des personnes et de la famille dans les pays musulmans", Rev. Algérienne de J. et Éc. 1968, vol. 4 1051, à la p. 1063.

2. CF. Youssef KNANI, La protection juridique du malade, réflexions sur la politique législative tunisienne, Thèse, Paris, 1980.

3. Paris, Dalloz, 1964, 3e éd.

4. Cf. en ce sens les réflexions de F. Gény à propos de l'utilisation du terme "acte d'administration", in Science et Technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1921, p. 469.

Mme Michèle Rivet :

Monsieur Mechri, je vous remercie. Maintenant,j'aimerais vous présenter Madame Édith Deleury qui est professeur et vice-doyen à l'enseignement à la Faculté de droit de l'Université Laval à Québec.

Mme Édith Deleury :

S'il n'était pas dans les propos de mon prédécesseur de vous présenter le droit positif en matière d'incapacités, les miens vous paraîtront peut-être un peu plus prétentieux, dans la mesure où ils se situent au confluent des trois dimensions de cet ordre temporel auquel faisait allusion ce matin le professeur Terré, c'est-à-dire le passé, le présent et l'avenir, dans une perspective différente, parce que tourné vers l'avenir, il s'agit en fait de vous présenter ce que devrait ou pourra être le droit de l'avenir, c'est-à-dire les propositions qui sont contenues dans le Rapport de l'Office de révision du Code civil en ce qui a trait à la codification du droit des incapacités, ce qui nécessairement nous ramène vers le présent et aussi vers le passé ; et c'est par le passé que je voudrais peut-être vous présenter ce qui fera l'objet de nos préoccupations cet après-midi, parce qu'il est difficile, évidemment, de situer la codification du droit des incapacités sans préalablement référer à la réforme globale qui a été entreprise par l'Office de révision du Code civil et en situer, en quelque sorte, les objectifs et voir dans quel esprit cette réforme a été entreprise.

Et l'on ne peut dégager cette philosophie que par rapport, évidemment, à l'esprit qui a animé les rédacteurs, en regard des objectifs qu'ils s'étaient fixés et sans référer notamment à la codification de 1866, à son histoire, ses caractères et son évolution.

Initiée sous l'empreinte du conservatisme, la codification de 1866 fut perçue essentiellement comme un rempart contre les influences extérieures qui menaçaient le droit civil québécois. Il était impérieux, écrit Jean-Louis Baudouin, de maintenir à la fois le régime de droit privé français et la langue française. C'était codifier ou périr, se doter d'un instrument moderne ou risquer l'assimilation par la common law. Elle symbolisait également, nous dit le professeur Crépeau, la raison, la justice naturelle comprise comme une notion absolue, transcendante et abstraite, et articulée autour de trois notions fondamentales : autoritarisme, individualisme et libéralisme. C'était confondre, peut-être, immobilisme

avec permanence ; de là, l'inévitable fossé qui, depuis cette cristallisation de notre droit civil, s'est creusé entre ce droit et l'ordre social. C'est donc essentiellement dans un esprit de modernisation que fut entreprise la réforme dont fut chargé l'Office. Il s'agissait de redonner au Code sa vocation première : régir les relations entre les citoyens selon les normes, les conceptions et les techniques de notre temps, d'accorder le droit à la réalité contemporaine, dit le professeur Crépeau dans sa présentation.

Il s'agissait, aussi, d'élaguer le droit civil des solutions étrangères à son esprit que l'interprétation judiciaire, dans son souci de justice et d'équité, avait puisées dans la common law, favorisée en cela par la diversité des sources, certes, mais aussi par l'isolement de notre système dans un continent de traditions différentes et encore par la composition de la plus haute instance juridictionnelle où les civilistes sont en minorité. Il s'agissait, enfin, d'intégrer la législation statutaire qui s'était développée en marge du Code, dans un esprit, dans une langue souvent peu fidèle, nous dit le professeur Crépeau, à la tradition civiliste, son esprit de concision et de clarté et aussi peu respectueuse de la langue de la société qu'elle entendait organiser.

Voilà donc nos paramètres vérifiés en regard du triptyque qui fait l'objet de notre propos aujourd'hui: Codification : valeurs et langage : regroupement et systématisation du droit civil, clarification et modernisation de ce droit à la lumière du droit comparé, accessibilité et compréhension de la règle de droit. Objectif de fonds et de forme, assis sur une philosophie qui fait de la personne humaine la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques de droit privé. Il s'agit maintenant pour nous, non plus de nous fixer au niveau des objectifs mais de voir comment, dans le domaine du droit des personnes et plus particulièrement des incapacités, ils se sont concrétisés. Le codificateur a-t-il relevé le défi qu'il s'était fixé?

Dans un premier temps, nous nous intéresserons donc au regroupement, à l'ordonnancement ou, si vous préférez, à la systématisation du droit des incapacités, pour en étudier ensuite l'actualisation, la modernisation et voir en fait s'il utilise un langage commun, s'il est véritablement cet entendement commun dont nous parlent messieurs Sparer et Schwab dans leur ouvrage sur la rédaction des lois(1).

Regroupement ordonné et logique des règles qui régissent le droit des incapacités. Est-ce que le Rapport de l'Office de révision du Code civil nous présente une vision d'ensemble du droit des incapacités? C'est la première question qui va nous intéresser.

L'agencement des règles qui régissent le droit des incapacités ou plutôt des personnes protégées se caractérise, si l'on examine les chapitres VI et VII du Livre I, par une plus grande logique et participe de cette esthétique culturelle qu'on a entendu donner au Code. Il manifeste, également, une certaine notion nouvelle ou plutôt un éclatement de la notion d'incapacité et du concept d'incapable. Si l'on regarde la nomenclature du chapitre VII, consacré aux personnes protégées, on y trouve, d'abord, une première section consacrée aux dispositions générales, une deuxième section consacrée à la tutelle légale des père et mère sur les biens de leur enfant mineur, à la tutelle dative à la section III, suivie de la tutelle testamentaire et de la protection du majeur, protection qui comprend elle-même trois paragraphes : la tutelle et la curatelle au majeur, la tutelle au malade, la tutelle à l'absent et, enfin, la dernière section qui nous parle des mesures de surveillance s'appliquant à la tutelle.

Il est donc facile de voir, dès le départ, que le concept d'incapacité est ici conçu de manière plus large. Il y a un certain éclatement de ce concept. Ce n'est plus la personne qui est frappée d'une incapacité d'exercice, c'est la personne qui est incapable d'agir par elle-même. Par ailleurs, si l'on consacre nos regards à la conception classique, c'est-à-dire l'incapacité d'exercice, on constate également, qu'au niveau de la nomenclature, les rédacteurs du Projet ont intégré les notions relatives à l'état de minorité et à la capacité du mineur dans les dispositions relatives à la minorité. On se souvient, en effet, que l'incapacité du mineur a été intégrée au moment de la codification de 1866 dans le Livre Des obligations, ce qui démontrait également que si l'on entendait protéger le mineur, la sécurité des transactions n'était pas étrangère aux préoccupations du moment, et par ailleurs, on constate également qu'on a fait sortir du droit des incapacités, les règles relatives à l'administration des biens d'autrui. Plus de cohérence donc, plus d'homogénéité, mais si l'on considère également cette conception nouvelle de l'incapable, on peut s'interroger sur l'absence, dans cette codification, des dispositions relatives à la protection du mineur, des dispositions relatives également à la protection du malade mental, non plus ici par rapport à l'exercice de ses droits, mais par

rapport à la protection de la personne elle-même. Évidemment, on touche ici à l'un des problèmes auxquels faisait allusion le professeur Terré ce matin, c'est-à-dire cet éclatement des frontières, cet éclatement des cadres, cet empiètement du droit public sur le droit privé, et l'on peut se poser la question de savoir si, finalement, il ne serait pas préférable d'adopter un code qui soit un code du statut personnel, et qui regrouperait l'ensemble des dispositions régissant justement ce droit des personnes, englobant non seulement les règles de droit civil mais aussi, également, une partie de la législation sociale.

Cette question étant posée, on peut s'étonner également, au niveau de la nomenclature qui nous est proposée, de ne pas retrouver la curatelle au ventre et la protection de l'enfant non encore né. Doit-on induire de certaines de ces dispositions, si on réfère notamment à l'article 13 du Livre I, que cette protection est assumée par les père et mère? C'est une question sur laquelle nous reviendrons.

Les deux chapitres qui nous intéressent essentiellement sont le chapitre VI, consacré à la majorité et à la minorité, et le chapitre VII relatif aux personnes protégées. Qu'en est-il, maintenant, non plus de leur ordonnancement, mais de leur homogénéité? On constate, tout d'abord, que l'on a unifié les deux régimes de protection, c'est-à-dire celui du majeur et celui du mineur, non seulement, nous le verrons, dans la présentation des textes mais aussi dans les faits et dans la terminologie. Enfin, on a incorporé les différentes lois statutaires qui concernent la matière, soit la Loi sur la protection du malade mental(2), en ce qui a trait à l'incapacité d'exercice dont celui-ci peut faire l'objet, la Loi sur la protection de la santé publique(3) et la Loi sur la curatelle publique(4).

Maintenant, au plan de l'ordonnancement interne des dispositions. Si l'on considère le chapitre VI consacré à la Majorité et à la Minorité, on constate que l'on campe tout d'abord le principe de la capacité à la majorité et, en ce qui a trait à la minorité, on campe également le principe de la capacité de contracter du mineur et ses aménagements. On y retrouve, également, un certain nombre de capacités spéciales, notamment les problèmes relatifs à la majorité médicale, qui nous posent un certain nombre de questions, car on peut se demander si ces dispositions, c'est-à-dire les articles 121 à 123, n'auraient pas dû, plutôt, être intégrés dans le chapitre

consacré aux dispositions générales du Livre I Des personnes et, notamment, à la suite des dispositions qui traitent de l'intégrité de la personne humaine.

Si l'on considère maintenant le chapitre VII consacré aux personnes protégées, on constate encore une certaine homogénéité. On nous présente, en effet, dans une première section, les règles générales qui gouvernent les deux institutions : objet, nature, caractère, détermination des tuteurs et des curateurs, causes d'exclusion, rôle, relation entre tuteur à la personne et tuteur aux biens en cas de pluralité, détermination des biens qui peuvent être exclus de la tutelle, nomination d'un tuteur ad hoc en cas de conflit d'intérêt, détermination des causes d'extinction de la tutelle, obligations du tuteur à l'expiration de son mandat. Seules les règles de surveillance, qui font l'objet de la section 6, n'ont pas été intégrées. On se demande pourquoi.

Les sections 2 à 4 sont consacrées aux différentes formes de la tutelle légale, dative et testamentaire, alors que la section 5, qui traite de la protection de la personne majeure, contient dans son premier paragraphe les règles spécifiques qui gouvernent la tutelle et la curatelle aux majeurs : conditions, régime de protection, effets et sanctions de l'incapacité y afférentes. Le deuxième paragraphe, qui suit le même plan, est consacré, pour sa part, au régime de protection particulier au malade qui, non pourvu d'un tuteur, se trouve hors d'état d'agir par lui-même, soit que ses facultés mentales soient altérées, soit qu'il se trouve physiquement incapable d'exprimer sa volonté. Le dernier paragraphe consacré à la tutelle à l'absent consacre, lui aussi, cette philosophie nouvelle de la notion de l'incapable, non seulement parce que ses biens sont administrés par un tuteur, mais surtout parce qu'il répond à cette nouvelle notion qu'est l'incapable dans le Rapport qui nous est proposé.

La section 6 traite des mesures de surveillance et devrait, pensons-nous, être intégrée dans la section consacrée aux dispositions générales. Il nous apparaîtrait également nécessaire, dans la section qui est consacrée aux dispositions générales, de grouper les différents articles relatifs à la tutelle à la personne, avant de passer à l'analyse de la fonction de tuteur aux biens, notamment les articles 138 et 141. De même, l'article 143 devrait-il être intégré dans les mesures de surveillance, puisqu'il parle des rapports financiers qui doivent être transmis par le tuteur aux biens au tuteur à

la personne et l'on pourrait intégrer toutes ces dispositions dans celles qui obligent le tuteur à transmettre des états financiers annuels au curateur public et qui permet également au mineur de plus de 16 ans d'en exiger copie.

Voilà donc pour la nomenclature d'ordre général et pour l'ordonnance non interne des différentes dispositions qui nous sont proposées. Qu'en est-il, maintenant, de ce qui a trait à la clarification et plus exactement à l'actualisation et à la modernisation du droit?

Nous avons vu que les codificateurs consacraient ou reprenaient certain nombre d'acquis jurisprudentiels, qu'ils incorporaient également des dispositions qui se trouvaient hors du Code et nous verrons, également, qu'ils ont épousseté un certain nombre d'institutions devenues désuètes et transformé les institutions en regard de la nouvelle philosophie qui se dégage.

La matière, nous dit-on, a été profondément simplifiée et les techniques de protection organisées, autant que faire se peut, au sein de la famille. Fortement inspirées du droit français, avec lequel les codificateurs avaient, en partie, rompu, si l'on pense à la tutelle légale, ces propositions sont, nous dit le professeur Crépeau, le reflet d'une évolution nécessaire et s'appuient sur deux lignes de force : l'intérêt du protégé, c'est la philosophie qui les a guidés, l'accent étant mis ici sur la protection de la personne par opposition à la protection du patrimoine, telle qu'on la concevait en 1866 et, dans une seconde phase, simplification de sa gestion, considérant l'importance que revêt aujourd'hui la fortune mobilière, en comparaison de la fortune immobilière au moment de la codification.

Passons maintenant aux dispositions relatives à l'état de minorité. On y voit que le statut de mineur y est clarifié et précisé. C'est ainsi que, conformément à la réalité du droit et à la jurisprudence, on énonce, sous le chapitre consacré à la majorité et à la minorité, la capacité de principe du mineur, sous réserve de la lésion, ce qui nous renvoie d'ailleurs, et en bonne logique, au Livre sur les obligations.

Soulignons également, au chapitre de la modernisation et de l'actualisation, l'extension, à tout mineur salarié, de la majorité, limitée actuellement, hors le cas du mineur banquier ou commerçant, au travailleur indépendant, l'assimilation également du mineur marié au majeur, ce qui n'est pas nouveau puisque nous savons que, depuis la loi 89*, cette assimilation est faite et la disparition de l'émancipation, institution qualifiée de désuète qui se justifie d'autant plus aisément si l'on songe que, dans le Code civil du Québec, qui réforme le droit de la famille, le mineur ne peut plus se marier avant d'avoir atteint l'âge de la majorité, sauf exception, c'est-à-dire autorisation du tribunal.

Le Projet reconnaît, en outre, au mineur certaines capacités spéciales. On retrouve sous cette rubrique la majorité médicale, telle qu'établie par la Loi sur la protection de la santé publique, avec cette différence que dans le cas du mineur âgé de moins de 14 ans, le Projet autorise, nonobstant son refus et sur consentement des parents, à ce que lui soient prodigués les soins que peut requérir son état de santé, ce que d'aucuns peuvent considérer comme excessif et même en contradiction avec la philosophie qui sous-tend les dispositions relatives aux enfants, qu'on retrouve dans ce même Livre premier.

La tutelle et la curatelle. On a unifié, nous l'avons vu, les régimes de protection du majeur et du mineur. Mais surtout, il faut savoir gré aux commissaires d'avoir simplifié, de beaucoup, l'organisation de la tutelle, soit le régime qui assure une protection maximum à l'incapable dont l'administration est fort lourde, fort complexe et sans grande garantie d'efficacité. Il en est peu, je pense, qui pleureront la mort du conseil de famille, ni la disparition du subrogé tuteur, institutions dont l'inutilité n'a pas à être démontrée.

Le Projet supprime également la formalité des autorisations judiciaires à la fois fort lourdes et fort complexes. A un contrôle a priori, nous dit-on, on a préféré substituer un système de contrôle a posteriori, concentré entre les mains du curateur public et assorti d'un certain nombre de garanties, système à la fois plus efficace et plus sévère mais qui peut être, aussi, fort

---

* Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

lourd pour les cocontractants. On a élargi, également, les pouvoirs de gestion du tuteur et on lui a donné beaucoup plus de souplesse, attitude réaliste face à la complexité et l'instabilité de l'économie moderne. Ainsi, le tuteur se voit-il investi des pouvoirs d'un administrateur chargé de la pleine administration des biens d'autrui, c'est-à-dire d'un administrateur fiduciaire.

Au chapitre des innovations et des actualisations, il faut encore mentionner l'institutionnalisation de la tutelle légale et testamentaire dans le cas du mineur, forme de nomination qui répond à la fois à un besoin et à la nécessité de rétablir un climat de confiance dans la famille. Soulignons enfin l'abandon du principe de la gratuité et du caractère obligatoire de la tutelle, exception faite, cependant, de la tutelle légale des père et mère, attitude, ici, encore une fois, réaliste. Une interrogation cependant, laquelle relève plutôt du premier point : c'est encore, ici, l'absence d'un régime de protection propre à l'enfant simplement conçu et non encore né, et la disparition inexpliquée de la curatelle au ventre.

L'incapacité et la protection de la personne majeure. Ici, c'est essentiellement au plan de la détermination des personnes qui peuvent faire l'objet de mesures de protection que le Projet fait oeuvre d'innovation. Il faut admettre, sur ce point, que les catégories reconnues par le Code sont aujourd'hui largement dépassées.

Elles allaient trop loin, nous dit-on dans les commentaires, à l'endroit de certaines maladies ou de troubles du comportement qui ne privent pas nécessairement l'individu de tous ses moyens. Aussi, a-t-on retenu comme définition de la personne susceptible d'être protégée, une notion globale mais également très large et qui, pour d'aucuns, parce que très subjective, pourrait s'avérer dangereuse au plan du respect de la liberté de la personne. Cette définition est la suivante : "Le majeur dont les facultés mentales sont altérées ou qui est physiquement incapable d'exprimer sa volonté peut être soumis à un régime de tutelle ou de curatelle(5)." Du même fait, on se trouve à combler une carence, car cette deuxième catégorie n'est pas retenue dans le Code, et à élargir le concept d'incapacité.

Quant au prodigue, entre les droits de la personne et la protection des intérêts de la famille, on a

choisi, avec juste raison, la première. La famille, en effet, peut fort bien se protéger sans qu'on diminue pour autant la capacité de la personne.

Enfin, le Projet rapatrie dans le Code les principes de la Loi sur la protection du malade mental et de la Loi sur la curatelle publique et consacre le caractère supplétif de cette dernière institution, qui devient, ici, la tutelle au malade tout en l'élargissant, puisqu'elle couvre également le cas du malade physique incapable d'exprimer sa volonté. Il faut, ici, rendre grâce aux commissaires qui ont su distinguer entre l'administration des biens d'autrui et l'incapacité. Seule l'intervention judiciaire, en effet, autorise un tel lien et fait ce que le Projet spécifie. Telles sont donc, au plan de l'actualisation et de la modernisation, les principales modifications apportées au droit positif.

Il nous reste cependant à vérifier la clarté, la concision et la compréhension du message qu'entend véhiculer le Projet ; en d'autres termes, de vérifier s'il s'agit bien d'un langage commun.

L'accessibilité et la compréhension de la loi aux citoyens obligent à employer un langage à la fois simple, c'est-à-dire non hermétique, et précis, non ésotérique, car l'ambiguïté est aussi source de confusion et d'insécurité juridique. Il convient donc de le souligner, à l'exemple de messieurs Sparer et Schwab, qu'il faut utiliser, dans la mesure du possible, les mots de la langue courante, et si la matière oblige à employer un langage technique, l'utiliser dans un sens que le justiciable pourra facilement retrouver, car la fonction première de la règle de droit est la communication, laquelle se fonde sur une convention qui est la langue, ce qui implique également qu'il doit y avoir un lien entre la langue et les institutions.

Les mots utilisés doivent être puisés à même la langue de la société concernée. Si la compréhension du message implique une certaine unité de style et le respect de la langue, elle est aussi fonction d'une certaine logique dans le déroulement des idées. Il est par ailleurs important de planter le décor, de situer le lecteur en lui indiquant les principaux points de repère pour la compréhension des textes qui suivent. C'est le rôle des articles charnières de se montrer également rigoureux dans la composition des articles et de leurs alinéas qui, si l'on ne veut pas éloigner le citoyen de la loi, doivent

être les moins nombreux possibles. Il faut encore éviter les lourdeurs et les mauvaises constructions. Et sur ce plan, il faut souligner le souci des rédacteurs du Projet, quant à la langue, souci qui est remarquable. Une esthétique intellectuelle c'est en ce sens que l'on peut qualifier les dispositions qui nous sont proposées.

On notera, d'abord, l'effort déployé pour uniformiser le vocabulaire et utiliser les mêmes mots pour désigner une même institution. C'est le cas, nous l'avons déjà souligné, pour la tutelle et la curatelle. De même, les concepts sont-ils clairement définis par opposition au texte actuel. Ainsi, l'article 125 campe-t-il particulièrement bien l'institution de la tutelle en énonçant : "La tutelle est destinée à assurer la protection de la personne et du patrimoine ou du patrimoine seulement"(6). Elle traduit aussi la philosophie qui a animé les rédacteurs du Code.

Les commissaires se sont, par ailleurs, montrés fort rigoureux dans la composition des articles, s'efforçant notamment de mettre en relief le principe de ces aménagements ou de ces exceptions : c'est le cas, par exemple, des articles 113 et 116 relatifs à la capacité de contracter et à la nullité des actes posés par le mineur ; de donner, soit dans les définitions des institutions, soit à leur suite, les règles fondamentales qui les gouvernent. On peut citer ici, à titre d'exemple, les articles 126 et 127 qui énumèrent les différents modes de nomination du tuteur, ou encore les articles 180 à 182, le premier énonçant les causes d'incapacité de la personne, le second et le troisième, définissant les deux régimes de protection qui peuvent s'appliquer. L'article 180 nous dit : "Le majeur dont les facultés mentales sont altérées ou qui est physiquement incapable d'exprimer sa volonté peut être soumis à un régime de tutelle ou de curatelle". Article 181 :

> "Est mis en tutelle le majeur qui, pour l'une des causes prévues à l'article précédent, est hors d'état d'agir lui-même et a besoin d'être représenté dans l'exercice de ses droits civils(7)."

On remarque également un souci certain de l'unité dans la composition des articles. Les deux articles cités plus haut en sont un exemple, surtout si l'on juxtapose l'article 180 et l'article 182 qui énonce :

"Est mis en curatelle le majeur qui, pour l'une des causes prévues à l'article 180, est hors d'état d'agir sans aide et a besoin d'être assisté dans l'exercice de ses droits civils(8)."

On a cherché à simplifier, aussi, au maximum les tournures de phrases et la terminologie. À ce titre, l'article 114, qui reprend l'article 1002 du Code, en est une illustration. L'article 114 se lit comme suit(9) :

"L'acte fait seul par le mineur peut, à sa demande, être annulé ou les obligations qui en résultent réduites, s'il en souffre préjudice. Le mineur devenu majeur peut confirmer l'acte, sous réserve des dispositions de l'article 37 du Livre Des obligations."

Ou encore, les articles 117 et 118, qui tant au plan de leur construction que de leur tournure, se distinguent également des articles correspondants du Code, les articles 1007 et 1005, puisqu'ils emploient des mots plus courants. "Le mineur est responsable du préjudice qui résulte de ses délits et quasi-délits"(10) ; voilà qui est simple, voilà qui est clair, voilà qui est sobre. "Le mineur est réputé majeur pour les fins de son commerce, de son art, de sa profession ou de son emploi"(11), voilà également qui présente les mêmes qualités.

Que l'on nous permette cependant de souligner, peut-être, quelques fausses notes dans cette belle harmonie. Notre critique ici se veut essentiellement constructive. Un tel édifice, en effet, ne peut être sans faille : ce serait exiger des codificateurs la perfection, ce vers quoi le légiste autant que l'être humain cherche à tendre, sans cependant jamais l'atteindre. Et il est plus facile, il faut l'admettre, d'être critique que légiste.

Qu'on nous permette, tout d'abord, de souligner une certaine discordance dans l'unité du vocabulaire et quelques ambiguïtés qui pourraient donner lieu à interprétation et à des imprécisions dont les conséquences pourraient être fâcheuses. Au plan du vocabulaire, puisque l'on a voulu uniformiser, il nous semble que dans les articles 122 et 123, la terminologie qui est employée n'est pas tout à fait unifiée. On nous parle en effet, lorsqu'il s'agit du consentement à l'acte médical du mineur, de soins, et dans l'article suivant, on y adjoint

le mot "traitement" ; puis dans l'article qui suit cet article 122, on qualifie encore les soins auxquels on a adjoint précédemment les traitements, en employant les mots "médicaux" ou "chirurgicaux". La même remarque pourrait être faite en regard des articles 150 et 160, le premier parlant de révocation, le deuxième, de destitution, alors qu'on réfère à la même cause d'extinction de la tutelle. Pourquoi, par ailleurs, dans l'article 210, utiliser l'expression "envoi en possession" qu'on ne retrouve nulle part ailleurs dans la section relative à la tutelle de l'absent, et qu'au surplus, elle réfère à des règles qu'on a entièrement voulu réformer? Pourquoi, également, aux articles 181 et 182, que nous avons lus précédemment, référer à l'article 180, puisqu'en fait, ils ne sont que des modalités d'application du principe énoncé précédemment.

Si, par ailleurs, on veut être précis et éviter les problèmes d'ambiguïté et d'interprétation, il nous semble qu'on devrait, rejoignant en cela les commentaires qui en sont faits par le commissaire, préciser le concept de lésion en ce qui a trait à la rédaction de l'article 114. En effet, dans leurs commentaires, les commissaires précisent qu'ils ont entendu maintenir le concept de lésion subjective, tel que développé par la jurisprudence, ce qui ne ressort pas tout à fait du texte qui nous est proposé. Par ailleurs, toujours au niveau de la précision, ne devrait-on pas, à l'article 168, ajouter un dernier alinéa, où la renonciation à la tutelle testamentaire viendrait compléter les conditions d'ouverture de la tutelle dative, dans le cas des mineurs? De même devraiton préciser, pense-t-on, sous l'article 214, et pour assurer la sécurité des actes juridiques que pourrait passer l'absent, que son retour fait cesser immédiatement les effets du jugement déclaratif qui lui a fait perdre la personnalité juridique. Ne devrait-on pas encore stipuler que la tutelle légale des parents vise également l'enfant simplement conçu, plutôt que de l'insérer de manière douteuse dans les dipositions des articles 23 et 163?

Enfin, il nous semble essentiel que l'on fasse mention, explicitement, que la personne protégée est une personne intéressée et, à ce titre, peut demander la révision ou la modification du régime de protection sous lequel elle a été placée, lorsque l'on parle des dispositions relatives à la tutelle et à la curatelle du majeur.

On pourrait encore pousser plus loin l'analyse, mais il reste que, dans l'ensemble, ce Projet représente un modèle presque, sinon parfait, du triptyque

qui faisait l'objet de nos entretiens d'aujourd'hui. Il faut en féliciter les commissaires qui font de ce Projet un modèle qu'on se plaira sans doute à copier et qui révèle également toute la richesse de la méthode comparative et, nous avons déjà souligné sur ce plan, comment les commissaires ont su adapter pour le Québec, dans le domaine des incapacités, de manière très heureuse, les solutions du droit français.

Mme Michèle Rivet :

Merci Me Deleury. Je pense maintenant que pour avoir un portrait complet des questions que l'on pourrait discuter par la suite, il serait important d'entendre Me Keyserlingk. Monsieur Keyserlingk est à la Commission de réforme du droit du Canada et il est responsable du secteur sur la protection de la vie. Il se pose une question qu'il énonce dans le titre de sa communication de cet après-midi : L'enfant conçu mais non encore né a-t-il un droit aux soins prénatals?

NOTES :

1. M. Sparer et W. Schwab "Rédaction des lois, Rendez-vous du droit et de la culture", Conseil de la langue française, Éd. off. du Québec, 1980. 394 p.
2. L.Q. 1972, chap. 44.
3. L.Q. 1972, chap. 42 ; L.R.Q., chap. P-35.
4. L.Q. 1971, chap. 81.
5. Projet de Code civil, Québec, Éd. off. 1978, Vol. I, Livre I, art. 180.
6. Id.
7. Id.
8. Id.
9. Id.
10. Id.
11. Id.

M. Edward W. Keyserlingk :

Qu'il me soit permis d'avouer tout d'abord que je suis un converti de dernière heure, mais enthousiaste, au principe, à la méthode et à la pratique de la codification des lois. J'ai eu la bonne fortune d'avoir pour "catéchiste" le professeur Paul-André Crépeau, dont j'ai suivi le cours sur les obligations pendant que je préparais ma maîtrise de droit, l'année dernière, à l'Institut de droit comparé McGill. C'est surtout à sa grande science et à son éloquence que je dois ma croyance en les mérites du Code civil du Québec, et plus encore, en les mérites du Rapport sur le Code civil, établi en 1977 par l'Office de révision du Code civil (Rapport que j'appellerai par son titre plus connu de Projet de Code civil).

J'ose cependant espérer que vous ne tiendrez pas le professeur Crépeau responsable des propos et des suggestions qui suivent. Je n'ai pas encore eu l'occasion, ou plutôt le courage, de lui demander son avis à leur sujet et, qu'on le veuille ou non, même les plus grands maîtres sont parfois forcés de rappeler, à propos de certains de leurs disciples, la maxime nemo dat quot non habet.

Sur cette maxime philosophique, voici sous quelle optique je me propose d'aborder le sujet des débats de cet après-midi, à savoir : "La personne - protection de l'incapable". Je me suis vu confier la tâche de présenter le sujet, du moins en partie, du point de vue de la profession ou de la discipline de mes débuts, c'est-à-dire la philosophie ou, plus précisément, la déontologie médicale. C'est ce que je m'efforcerai de faire mais, m'étant aussi lancé, dernièrement, dans les études de droit, je crains que mes vues ne soient devenues hybrides. Je m'excuse, donc, à l'avance si mes propos paraissent ceux d'un philosophe aux oreilles des juristes, et ceux d'un juriste aux oreilles des philosophes. Une trop forte dose de connaissances juridiques injectée dans les veines d'un philosophe a inévitablement pour effet secondaire, dans mon cas tout au moins, de m'empêcher de considérer uniquement le point de vue juridique ou le point de vue philosophique, comme la solution effective et totale à nos problèmes fondamentaux.Il me semble qu'une interaction des perspectives et préoccupations juridiques d'une part, et philosophiques et théologiques d'autre part, les premières visant les structures et la résolution des conflits, les seconds mettant en relief le sens profond de la vie et l'engagement social, est indispensable pour la solution des questions touchant à l'évolution technique, aux valeurs et aux droits de la personne(1).

C'est au sujet d'un droit particulier d'un groupe d'êtres humains, et de la protection que prévoit le Projet à l'égard de ce droit, que j'aimerais vous entretenir brièvement aujourd'hui. Il s'agit du groupe ou classe des enfants conçus mais non encore nés, et mon propos est que ces derniers possèdent un droit légitime et important, celui des soins prénatals.

Je conclurai que le Projet devrait reconnaître et protéger ce droit, qu'il le fait déjà effectivement, encore que tacitement, mais qu'il y aurait lieu, dans une révision éventuelle, de consacrer plus expressément cette reconnaissance et cette protection.

Permettez-moi tout d'abord de relever les nombreuses améliorations, utiles et importantes, du Projet par rapport au Code civil actuellement en vigueur. Je me concentrerai surtout sur le Chapitre VII du Livre premier, c'est-à-dire sur les articles 125 à 140 réunis sous le Titre Des personnes protégées. Les dispositions de ce chapitre correspondent essentiellement aux articles 246 à 351 du Code actuel, qui portent sur "la protection des incapables". Les personnes expressément protégées par tutelle ou par curatelle sont le mineur, le majeur dont les facultés mentales sont altérées ou qui est physiquement incapable d'exprimer sa volonté, qu'il soit malade ou non, et enfin l'absent. D'autres dispositions, qui touchent à la question des personnes protégées, se retrouvent dans les articles 24 à 31 du chapitre II Livre premier du Projet, à savoir les Dispositions relatives aux enfants, et dans certains articles du Livre deuxième, De la famille (ce dernier, présenté comme projet de loi 89, a été récemment adopté pour constituer le Livre deuxième du nouveau Code civil du Québec).

La première remarque qui s'impose, c'est que tous les articles du Projet sur la protection de l'incapable ont été considérablement simplifiés et modernisés, en ce qui concerne tant la clarté et la concision du langage que l'organisation de la tutelle. Voici les innovations les plus marquantes : l'âge de la majorité a été abaissé, eu égard à la capacité de discernement des mineurs ; la tutelle aux mineurs n'est plus nécessairement judiciaire ; le mineur de quatorze ans peut recevoir un traitement médical sans le consentement de ses parents ; les malades souffrant d'incapacités physiques doivent être protégés tout autant que les malades mentaux. Mais ce qu'il y a de plus important, c'est que ces améliorations, et d'autres encore, traduisent la volonté de mettre l'accent sur la personne humaine et sur sa protection,

la protection ne visant plus principalement les biens, mais les personnes au premier chef(2).

La préface du Projet ne laisse subsister aucun doute à ce sujet :

> "On a souvent dit du Code civil qu'il était un code de propriétaires et de rentiers, davantage préoccupé de la protection du patrimoine que du respect des droits de la personne humaine. Aussi a-t-on voulu que la reconnaissance du rôle de la personne humaine, l'affirmation et la protection de sa dignité fussent l'un des traits saillants du Projet(3)."

Comme l'a fait ressortir cette préface, le Projet souligne, en son tout premier article, le rôle de la personne humaine ainsi que ses droits et ses obligations : "Tout être humain possède la personnalité juridique".

En même temps, le Projet consacre un corollaire fort bien venu : la protection de toutes les personnes qui en ont besoin. Citons, à ce sujet, les dispositions relatives aux enfants. Ceux-ci se voient, en effet, reconnaître plus de responsabilités, par exemple par l'abolition de toute distinction entre enfants légitimes et enfant illégitimes, par la reconnaissance du fait que les mineurs sont capables de discernement, par le fait que le mineur de quatorze ans peut désormais recevoir des soins médicaux sans le consentement de ses parents. Mais d'autre part, l'accent est mis sur la protection de l'enfant et du mineur contre les abus, ainsi qu'il ressort des dispositions suivantes :

> "Tout enfant a droit à l'affection et à la sécurité que ses parents ou ceux qui en tiennent lieu sont en mesure de lui donner, en vue d'assurer le plein épanouissement de sa personnalité." (I:24 Projet)
>
> "L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne, qu'elle soit prise par ses parents, par les personnes qui en tiennent lieu ou qui en ont la garde ou par l'autorité judiciaire." (I:25 Projet)
>
> "Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant. (II:647 du nouveau Code civil du Québec)(4)"

"Pour protéger l'enfant contre les abus et la négligence, l'article 654, Livre deuxième, du nouveau Code civil prévoit la déchéance de l'autorité parentale et du droit de tutelle comme suit :

Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autoriré parentale à l'égard des père et mère, à l'égard de l'un deux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée(5)."

"En cas de déchéance de l'aurorité parentale ou du droit de tutelle, la Projet prévoit en ses articles 168 et 169, Livre premier, un régime de tutelle dative."

L'art. 168 énonce notamment :

"La tutelle dative au mineur est celle qui est déférée par le tribunal...

1. lorsque les père et mère sont tous deux décédés sans avoir nommé de tuteur testamentaire ou sont dans l'impossibilité d'exercer l'aurorité parentale ;

2. lorsque les père et mère ont été déchus de l'autorité parentale..."

L'art. 169 énonce :

"Toute personne intéressée, y compris le Curateur public, peut, par requête, demander l'ouverture d'une tutelle dative et proposer une personne ou des époux faisant vie commune qui sont aptes à remplir cette tâche et y consentent."

Enfin, le Projet prévoit expressément la protection de la santé de l'enfant.

On peut lire à l'article 367, Livre deuxième :

"Si la santé, la sécurité ou le développement d'un enfant sont en danger [...] le tribunal peut, soit d'office, soit à la requête de l'enfant lui-même ou de toute personne intéressée, y compris le Ministre de la Justice, ordonner, même pendant l'instance, les mesures de protection qu'il juge appropriées(6)."

En bref, l'enfant a droit à l'affection, à la sécurité, à l'entretien, à la santé et au développement. L'obligation d'entretien incombe au premier chef aux parents, qui sont ses tuteurs ex officio. S'ils ne peuvent ou ne veulent pas pourvoir à ces droits, tout intéressé peut demander en justice la déchéance de l'autorité parentale et l'instauration d'un régime de tutelle dative. L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne, notamment en matière d'entretien, de santé et de développement, qu'elle soit prise par ses parents, par les tribunaux ou par les tuteurs, eu égard à toutes les circonstances dans lesquelles se trouve l'enfant.

Ce qui m'amène à poser cette question : toutes les règles rappelées ci-dessus ne doivent-elles pas s'appliquer également à l'enfant conçu mais non encore né? Ne doit-on pas admettre qu'il a les mêmes droits que l'enfant né et bénéficie des mêmes protections? Permettez-moi de répondre tout d'abord et brièvement à cette question de la justification.

Les techniques médicales modernes, comme le diagnostic et le dépistage foetaux ou prénatals, n'en sont plus à leurs débuts. Bien qu'il reste encore beaucoup à découvrir et à faire, les techniques et méthodes médicales applicables ont fait ressortir et les besoins fondamentaux du foetus en matière médicale et sanitaire, et le fait qu'il y a une continuité fondamentale dans le domaine des fonctions physiologiques et des besoins sanitaires, entre le foetus et le nouveau-né. La possibilité de viabilité après la naissance est continuellement avancée vers les premiers temps de la conception et, à l'heure actuelle, les principaux éléments génétiques et fonctionnels d'une vie humaine indépendante sont connus plusieurs semaines avant la naissance. Il ressort, de plus en plus à l'évidence, que certaines drogues, l'alcool et les cigarettes peuvent affecter très gravement la santé de l'enfant non encore né. Il ressort, de plus en plus à l'évidence, que le développement satisfaisant du foetus est soumis à certaines règles nutritionnelles, et que certaines maladies contractées par la mère peuvent arrêter ce développement, si elles ne sont pas traitées. Il est donc

impossible de soutenir que la société et la loi n'ont intérêt à protéger la santé et le développement de l'enfant qu'après sa naissance et qu'auparavant l'enfant conçu n'a aucun droit bien défini en matière de santé, que les parents n'ont aucune obligation bien définie d'y pourvoir et qu'il n'existe aucun remède légal, le cas échéant.

Le second volet de ce problème touche à la question de savoir s'il y a lieu de consacrer dans le Code civil, ce droit de l'enfant conçu aux soins prénatals, ainsi que les protections qui s'y rattachent. Il est possible de soutenir qu'en admettant l'existence de ce droit, ainsi que la nécessité des protections légales qui s'y rattachent, il vaudrait mieux les consacrer dans un autre texte de loi que le Code civil. Il y aurait lieu de rappeler à cet égard un critère recommandé par le professeur Crépeau en matière de codification des lois :

> "Il est certes vrai que le Code civil ne saurait renfermer tout le droit civil. Il est, certes, également vrai que toute législation de droit civil ne peut trouver place, ou si l'on ose dire, ne mérite pas de trouver place dans un Code civil. Certains textes législatifs, en effet, ne répondent qu'à des besoins temporaires, éphémères, par exemple, le contrôle des prix ou la fixation des loyers en temps de guerre ou de crise économique ; d'autres textes doivent passer par ce que l'on pourrait appeler le "noviciat" législatif afin précisément de vérifier s'ils répondent à des besoins d'un caractère permanent, s'ils peuvent, en quelque sorte, s'élever au rang des règles générales de droit commun ; ainsi, par exemple, la législation récente sur la protection du consommateur(7)."

À la lumière de ce critère, la protection du droit aux soins prénatals de l'enfant conçu ne répond pas, à mon humble avis, à des besoins temporaires ou éphémères, mais à un besoin véritablement permanent. Une meilleure protection du droit à la santé d'un groupe entier d'êtres humains à un stade identifiable de vie humaine constitue un sujet de préoccupation fondamentalement différent, bien plus permanent et plus urgent que la fixation des loyers, le contrôle des prix ou même la protection du consommateur. On peut donc soutenir que la protection de ce droit répond parfaitement aux conditions d'inclusion dans le Code civil, telles que Portalis les a énoncées :

> "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière(8)."

D'aucuns ont fait remarquer, qu'à l'heure actuelle, un trop grand nombre de règles de droit civil se retrouvent dans divers textes de lois autres que le Code civil, dont la Loi sur la protection de la jeunesse(9). S'il en est ainsi, et si le Code a réellement pour fonction de rétablir l'unité organique autant que faire se peut, il est à souhaiter qu'un domaine aussi fondamental que le droit aux soins prénataux ne vienne pas à être, à son tour, l'un des sujets fondamentals de droit civil qui font l'objet d'un quelconque texte de loi en dehors du Code.

Vaudrait-il mieux peut-être laisser à l'interprétation judiciaire, à la jurisprudence, le soin de sanctionner ce droit et d'assurer sa protection? Il est manifeste que l'interprétation judiciaire demeurera dans toutes les questions de droit civil, dont celle qui nous intéresse, une intervention valide et nécessaire pour l'interprétation et l'application aux cas d'espèce, des maximes et principes généraux. Nous touchons ici au coeur du problème. En ce qui concerne le droit aux soins prénatals et la protection légale de ce droit, j'estime que la nécessité qu'il y a à établir certains principes généraux et certaines protections générales est tout aussi évidente et tout aussi urgente que pour les autres groupes ou classes expressément visés à l'heure actuelle par le Projet, à savoir les enfants, les adultes souffrant de handicaps mentaux ou physiques. En matière de besoins, de soins, de santé et de développement, chacun de ces groupes a également besoin de protection.

Laisser à la jurisprudence le soin de définir l'existence, l'étendue et la protection adéquate du droit de l'enfant conçu aux soins et à l'entretien prénatals reviendrait à emprunter une voie longue et tortueuse. Il est hors de doute que, dans l'intérêt de l'enfant à naître et de ceux qui en sont responsables, il faut que tout au moins des principes généraux soient expressément définis dans le Code civil.

Dans un autre domaine tout à fait différent mais tout aussi important, celui des pouvoirs de la police, nous avons vu récemment au Canada une triste

illustration et une triste défense de la tradition de common law qui laisse aux cours de justice le soin de formuler et de fixer d'importants principes de droit. En réponse à ceux qui soutenaient que la police avait le droit de savoir à l'avance lesquels de ses agissements étaient licites ou illicites, et que le public avait droit à la même certitude, M. Trudeau a déclaré : (TRADUCTION) "Un individu ne saura s'il a commis un crime que le jour où il en sera condamné..."(10). Certes, cette attitude et les conséquences qui en découlent peuvent être malheureusement typiques des provinces de common law, mais là où le droit civil est en vigueur, cette attitude et ses conséquences ne sont pas inéluctables dans les matières de même ou de plus grande importance.

Ayant répondu par l'affirmative à la question de la justification, je passe maintenant à la question de fait, à savoir si le Projet reconnaît en fait le droit de l'enfant conçu aux soins et à l'entretien prénatals, et s'il prévoit des mesures adéquates de protection à cet effet. Je dois conclure que par implication, analogie et extension, le Projet pourvoit à l'un et à l'autre, mais que dans les révisions éventuelles du Projet ou du Code, ce droit et sa protection doivent être consacrés de façon plus explicite.

En l'absence de toute mention expresse de ce droit dans le Projet, il existe néanmoins deux moyens d'y trouver la consécration et la protection du droit de l'enfant conçu aux soins et à l'entretien prénatals. Le premier moyen consisterait à établir que l'enfant conçu mais non encore né est compris dans ce que le Projet considère ou définit comme un être humain ou une personne, dans la pleine acception du terme et à toutes fins juridiques. Si le foetus tombe dans la catégorie des personnes au sens du Projet, et possède la personnalité juridique, dont le droit à la vie, il va de soi que le droit de l'enfant conçu aux soins et à l'entretien pendant qu'il est encore dans le ventre de sa mère est tout aussi facile à établir que le droit d'un enfant ou d'un nouveauné. Mais cela n'est pas possible en fait. Et voici pourquoi.

Le philosophe ou le biologiste qui a sous ses yeux l'article premier du Livre premier du Projet, "Tout être humain possède la personnalité juridique", serait enclin à conclure que cette disposition embrasse également l'enfant conçu mais non encore né. Après tout, le foetus est "humain" ; il a été conçu par des êtres humains, non par des singes. Il se trouve, cependant, que dans le

Projet, et plus généralement en droit civil, les termes "personne" et "être humain" n'ont pas des acceptions différentes. Il en est ainsi de l'article premier de la Charte des droits et libertés de la personne, qui énonce : "Tout être humain a droit à la vie ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité physique et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique"(10 bis). Il appert que dans ce cas encore, le terme "être humain" n'est pas employé dans le sens biologique, auquel cas le foetus ferait partie de ceux qui ont les droits prévus, dont celui à la vie. Au contraire, "être humain" est employé, dans ce texte, comme l'équivalent de "personne", détentrice de droits et d'obligations. La dernière phrase signifierait donc (tautologie à part) : "Les personnes possèdent la personnalité juridique".

Les articles 28 et 29 du Livre premier sont les seuls où il soit expressément question des enfants à naître. L'article 28 énonce : "L'enfant conçu est tenu pour né pourvu qu'il naisse vivant et viable." Et l'article 29 : "L'enfant est réputé avoir été conçu dans les trois cents jours précédant sa naissance." On ne trouve certainement dans ces articles rien qui consacre la personnalité ou la personnalité juridique du foetus, personnalité juridique qui s'entende aussi du droit à la vie.

Cependant, l'article 28 peut servir de fondement au second moyen d'affirmer le droit de l'enfant non encore né aux soins prénatals. Au lieu de conclure à ce droit sur la base d'une pleine personnalité juridique, qui s'entende aussi du droit à la vie, nous pourrons soutenir, à la lumière de cet article et de son caractère général, que l'enfant à naître est une personne ou, du moins, peut être considéré comme une personne pour ce qui est de la sanction du droit particulier aux soins prénatals. Il s'agit, en premier lieu, de noter que si dans l'article portant la même disposition, à savoir l'article 608 du Code civil, les deux conditions "nasciturus" et "viabilité" ne sont formulées qu'en matière successorale, le même principe est d'application générale dans le Projet.En d'autres termes, les article 28 et 29 du Projet ne limitent aucunement les cas et les droits à l'égard desquels l'enfant conçu est tenu pour né.

Il s'agit en second lieu de noter de quelle façon la jurisprudence québécoise a appliqué les deux

principes "nasciturus" et "viabilité". La première affaire, et celle qui fait toujours jurisprudence, est Montréal Tramways Co. c Léveillé, qui date de 1933(11). L'enfant était né avec un pied bot, à la suite d'un accident subi par sa mère, au septième mois de la grossesse, lorsqu'on a fait preuve de négligence en la faisant descendre du tramway. La compagnie défenderesse soutenait qu'au moment de l'accident, l'enfant n'était pas une personne existante mais n'était qu'une partie de sa mère et que, par conséquent, il ne pouvait prétendre au titre d'"autrui" au sens de l'article 1053 C.civ. L'action a été pourtant accueillie. Dans ses motifs, le juge Lamont s'est notamment prononcé en ces termes :

> "If a child after birth has no right of action for pre-natal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy, [...] To my mind it is but natural justice that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother. [...] For these reasons, I am of opinion that the fiction of the civil law must be held to be of general application. The child will, therefore, be deemed to have been born at the time of the accident to the mother. Being an existing person in the eyes of the law it comes within the meaning of "another" in article 1053 C.C. and is, therefore, entitled through its tutor to maintain the action."
>
> (TRADUCTION)
> Si l'enfant né ne possède aucun droit d'action à l'égard des lésions subies avant sa naissance, il y a là un tort contre lequel il n'existe aucun recours, [...] À mon avis, ce n'est que justice si l'enfant, né vivant et viable, a le droit de poursuivre en justice les lésions délictuellement infligées pendant qu'il se trouvait encore dans le ventre de sa mère [...] Par ces motifs, j'estime qu'il faut conclure à l'application générale de la fiction du droit civil. L'enfant est donc tenu pour né au moment de l'accident dont fut victime sa mère. Étant une personne existante aux yeux de la loi, il tombe dans le champ d'application du terme "autrui" figurant à l'article 1053 C.civ. et a donc le droit d'intenter l'action, par l'intermédiaire de son tuteur(12).

Il n'est pas dans mes propos d'analyser les ramifications subtiles de cette application judiciaire, et d'autres qui l'ont suivie, du principe "nasciturus", ni

des significations ou de la valeur normative attribuées à la notion de "personne". Pour une excellente analyse en détail de ces questions, je vous invite à consulter les études de notre président, Madame le juge Rivet(13), de ma co-animatrice Édith Deleury(14) et de Christopher Gray(15). Les gens s'accordent à penser que les jurisprudences subséquentes ont donné plus d'ambiguïté à la conclusion claire et nette du juge Lamont, selon laquelle l'enfant à naître "est une personne"(16). Il suffit de dire pour notre propos que l'arrêt Léveillé a consacré le droit de l'enfant non encore né à un traitement non négligent ou non délictuel.

Le chemin ne doit pas être bien long à parcourir pour passer de la reconnaissance à l'enfant à naître du droit "négatif" au traitement non délictuel, à la reconnaissance du droit "positif" aux soins prénatals. Étant donné le caractère général de l'article 28 du Projet et du principe de l'enfant "tenu pour né" qui y est prévu, on ne voit pas pourquoi cet article ne pourrait pas s'appliquer au droit aux soins prénatals, étant donné que les tribunaux ont appliqué le même principe au droit au traitement non délictuel. Si l'article 28 et le principe qui s'y incarne permettent, en fait, d'assimiler l'enfant à naître à l'enfant né, certaines conclusions s'en dégagent inéluctablement.

En premier lieu, de même que l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne (I:25 Projet), de même l'intérêt de l'enfant à naître doit être la considération déterminante de toute décision qui le touche. Étant donné qu'il est manifestement dans l'intérêt de l'enfant à naître de bénéficier de soins prénatals convenables, cette considération doit être le facteur déterminant de la manière dont il est traité pendant qu'il se trouve encore dans le ventre de sa mère.

En deuxième lieu, ce droit doit être considéré comme un droit légitime et important dans tous les calculs et choix où entrent en jeu les droits concurrents d'autrui. Dans la mesure où le droit aux soins prénatals de l'enfant à naître ne s'entend pas du droit à la vie, il ne l'emporte pas sur le droit de la mère à l'avortement, tel qu'il est prévu à l'article 251 de notre Code criminel. Du point de vue philosophique et logique, on peut soutenir, et l'on n'a pas manqué de le faire, que le droit de l'enfant conçu à un traitement non délictuel doit s'entendre aussi du droit à la vie, qui en est la condition nécessaire et fondamentale(17). Cet argument

vaut également pour le droit aux soins prénatals. Mais pour prouver que le philosophe peut être parfois aussi pragmatique et aussi illogique que le juriste, je ne creuserai pas davantage cet argument.

L'on doit s'accommoder de cette réalité qu'est le droit de la mère à l'avortement, ainsi que de la justification sous-entendue dans le Code criminel, à savoir que le droit à la vie d'un être humain existant, c'est-à-dire de la mère enceinte, l'emporte sur celui d'un être humain à venir. Aussi le droit aux soins prénatals de l'enfant à naître doit-il comporter une réserve : ce droit et l'obligation correspondante de soins prénatals convenables et continus ne se font jour que si la mère a décidé de donner naissance à l'enfant et non de l'avorter(18).

Par contre, ce droit ne doit pas le céder aux soi-disant droits, souhaits ou habitudes de la mère, sauf son droit à l'avortement. Par exemple, s'il doit être opposé au désir de la mère de fumer ou de boire à l'excès, de prendre des drogues non médicales nocives, de refuser le traitement de la syphillis qu'elle a contractée ou d'ignorer les recommandations de son médecin quant à un régime protéinique convenable, il est évident que le droit aux soins prénatals doit l'emporter, si l'enfant doit commencer sa vie dans un état de santé raisonnablement satisfaisant.

Une troisième conclusion est que si, pour sanctionner ce droit, l'enfant conçu "est tenu pour né", il faut que les protections et les recours, légalement prévus pour l'enfant né, soient étendus à l'enfant conçu. Les dispositions les plus importantes à cet égard sont celles qui prévoient la déchéance de l'autorité parentale (II:654 du nouveau Code civil) et l'ouverture de la tutelle dative par les tribunaux (art. 168 et 169 Livre I du Projet). Comme indiqué plus haut, toute personne intéressée peut demander en justice la déchéance de l'autorité parentale et l'instauration de la tutelle dative. Dans le cas de l'enfant à naître qui ne reçoit pas les soins prénatals nécessaires et convenables, ou qui est victime de drogues, non médicales, nocives, consommées par la mère qui ne peut ou ne veut pas se ressaisir, une disposition prévoyant le droit pour tout intéressé de demander en justice la surveillance ou l'orientation de la mère pour le bien de l'enfant à naître constituerait la protection, qui s'impose d'urgence, de la santé et du développement de cet enfant.

Une quatrième conclusion tient au fait qu'il s'agit d'un droit positif aux soins nécessaires et convenables. Bien qu'en effet, il embrasse manifestement le droit à un traitement non délictuel et s'y identifie parfois, il le transcende, car il requiert une action positive continue, comme les visites médicales périodiques, un régime suffisamment riche en protéines, etc. L'obligation correspondante, non seulement interdirait les actes positifs de négligence, mais encore requerrait des mesures positives de soins. Cette différence nous ramène inéluctablement à la "fiction juridique" du droit civil et de la common law, qui veut parfois que dans le ventre de sa mère, l'enfant à naître ne puisse subir aucune blessure ; que ce soit seulement après la naissance, lorsque la blessure est constatée avec certitude, qu'un droit est violé, qu'il y a une victime et que le droit à la réparation se fait jour(19). Cette fiction peut être plus ou moins défendable selon la jurisprudence connue à ce jour.

Mais dès que l'on sanctionne une obligation positive et active de soins prénatals envers l'enfant à naître, à partir du moment où la grossesse est confirmée, obligation fondée sur le droit de l'enfant à ces soins dès la conception, ce serait ajouter à la fiction que de soutenir que ce droit ne peut être violé qu'à la naissance. Certes, le recours en réparation ne se fait jour qu'à la naissance, après constatation de la lésion, mais le droit aux soins prénatals continus n'a de sens et ne peut être sanctionné par une obligation correspondante, que s'il est situé dans le temps, au moment où la grossesse est confirmée et où la mère prend la décision de donner naissance à l'enfant.

La fiction est d'autant plus sujette à caution dans le contexte des soins prénatals, qu'il y a lieu d'appliquer, avant même la naissance, le régime de tutelle dative à titre de sanction et de protection du droit aux soins prénatals de l'enfant à naître. Ce fait taxerait encore davantage cette fiction de l'enfant "tenu pour né".

La dernière conclusion porte sur des possibilités et implications plus problématiques du droit aux soins et à la protection prénatals. Une fois le premier obstacle franchi par l'assimilation du droit de l'enfant à naître à celui de l'enfant né en matière de soins convenables par application de l'article 28, Livre premier, il se peut que des droits connexes doivent être prévus aussi. Qu'en est-il par exemple du droit au respect de la vie privée, que prévoient les articles 12 à 14 du Livre premier du Projet? Le droit de l'enfant conçu aux soins

et à la protection prénatals, dégagé par analogie des droits de l'enfant né, pourrait bien faire tomber l'enfant à naître dans le champ d'application de l'article 12, aux termes duquel "Toute personne a droit au respect de sa vie privée". Dans une application pratique de ce droit de l'enfant conçu au respect de sa vie privée, une personne intéressée pourrait demander en justice l'ouverture d'une tutelle dative, non pour prévenir une lésion corporelle, mais pour interdire à la femme enceinte d'autoriser un magazine à violer la vie privée du foetus dans l'utérus en prenant des photographies aux fins de publication. Voilà, certes, une hypothèse qui taxe l'imagination, mais qui n'en constitue pas moins une illustration des possibilités.

Voici ma conclusion : si les idées que je viens d'avancer ont quelque mérite, il y aura lieu de prévoir, de façon plus explicite que ne le fait le Projet, ce droit ainsi que les autres droits de l'enfant à naître. Après tout, la justification du principe et de la méthode de codification est qu'elle peut réaliser, par une formulation claire et concise, l'exposé des principes et valeurs juridiques les plus fondamentaux d'une société. À mon humble avis, le Projet est une grande réussite à presque tous les égards. Mais pour ce qui est des droits et de la protection de l'enfant à naître, c'est-à-dire de la reconnaissance de ces droits et de l'instauration des régimes de protection, je pense qu'il se prête à bien des clarifications lors des révisions éventuelles. Il ne devrait pas être nécessaire de se lancer dans de longues exégèses pour conclure à l'existence d'un droit aussi fondamental que celui de l'enfant à naître aux soins et à l'entretien prénatals continus, à supposer que le Projet vise à le sanctionner. Citons à ce propos le professeur Crépeau :

> "Un Code civil ne doit pas être un livre secret, accessible aux seuls spécialistes du droit. Un Code civil est d'abord et avant tout destiné au citoyen ; il doit, dans toute la mesure du possible éviter le jargon professionnel ; il doit parler avec concision et clarté(20)."

À vrai dire, il n'est pas étonnant qu'à ce sujet on puisse ajouter encore à la clarté de la formulation et de la définition des valeurs. La question urgente des soins prénatals n'a attiré l'attention du grand public que ces dernières années, alors que les travaux d'élaboration du Projet ont commencé en 1966. Ce qui est encourageant, c'est que dans l'oeuvre de codification, se

trouvent déjà en place un principe et une méthode rationnelle, en mesure d'assimiler l'évolution de la technique et des valeurs, telles qu'elles s'incarnent dans notre sujet. Le Projet actuel ne représente pas, après tout, la réforme ultime. Bien au contraire. Car, comme nous l'assure M. Crépeau, dans la préface du Projet lui-même :

> "...il est essentiel de suivre l'évolution de la pratique et des moeurs afin d'adapter constamment le Code civil aux besoins nouveaux et toujours changeants de la société québécoise(21)."

NOTES :

1. Voir l'analyse très intéressante du rapport entre le droit et les "sciences morales" de Harold J. Berman, The Interaction of Law and Religion, New York, 1974.

2. Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, Québec, Éd. off., (1978) Vol. II, "Commentaires", p. 17.

3. Ibid, Vol. I, p. XXXI.

4. Cet article est essentiellement le même que l'article 353 du Livre deuxième du Projet.

5. Dans le Projet, le "motif grave" est défini de façon plus explicite comme suit : "... le père ou la mère qui est condamné pour acte criminel sur la personne de l'enfant, néglige gravement ses devoirs envers celui-ci ou abuse manifestement de son autorité." (Livre II art. 359, du Projet).

6. Cet article 367 du Livre deuxième du Projet ne figure pas sous cette forme dans le projet de loi 89. Cependant, comme il est largement inspiré par les dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse, notamment par l'article 38 de cette loi qui est toujours en vigueur, on peut conclure que "la santé, la sécurité et le développement" demeurent une obligation explicite des parents, obligation sanctionnée par la loi et, le cas échéant, par les tribunaux.

7. P. A. Crépeau, "La Révision du Code civil", Cours de perfectionnement du notariat, 1977, p. 344.

8. Cité par le professeur Paul-André Crépeau, Idid., p. 344.

9. Ibid., p. 344.

10. Globe and Mail, 31 août 1981, p. 2.

10bis. L.Q. 1975, chap. 6, art. 1er.

11. [1933] R.C.S. 456.

12. Ibid., 464-465.

13. Michèle Rivet, "Esquisse d'un profil de la personne selon le droit", (1981) 11 Revue de droit, Université de Sherbrooke, 417.

14. Édith Deleury, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 C. de D. p. 265.

15. Christopher B. Gray, "The Notion of Person for Medical Law", (1981) 11 Revue de droit, Université de Sherbrooke, 341.

16. Par exemple, dans l'affaire Langlois v. Meunier (mort causée par acte délictuel) qui fut jugée en 1973, le juge Vallerand s'est notamment prononcé en ces termes : "Cet enfant à naître n'est certes pas une personne et les principes du droit civil concernant le décès ne peuvent s'y appliquer. Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personnes qu'identifie la loi. Cela ne signifie pas pour autant que sa perte ne constitue pas un dommage". [1973] C.S. 301, à la p. 305.

17. Voir E. Kluge, " The Right to Life of Potential Persons", (1977) 3 Dalhousie Law Journal, 837.

18. C'est la réserve faite par la Commission royale sur le droit de la famille et sur la protection de l'enfance de Colombie-Britannique, en matière de protection du droit de l'enfant à naître à l'entretien et au développement normal. On peut lire notamment dans son rapport : (TRADUCTION) "Nous n'avons pas compétence pour nous prononcer sur la question de l'avortement, qui relève de la compétence fédérale. Cependant, dès le moment où une femme décide de donner naissance à l'enfant qu'elle porte dans son sein, les lois de la province doivent mettre l'accent sur sa responsabilité pour ce qui est d'assurer à l'enfant les soins prénatals nécessaires pour prévenir tout préjudice évitable. Royal Commission on Family and Children's Laws, Vancouver, mars 1975, 65.

19. Une illustration typique de cette fiction a été donnée par le juge Cannon dans l'affaire Léveillé comme suit : "... il me semble que le droit a réparation de Jeannine Léveillé n'a commencé à exister qu'après sa naissance, lorsque l'infirmité corporelle dont elle souffre s'est révélée. Avant cette date, aussi longtemps qu'elle était dans le sein de sa mère, il est évident qu'elle ne souffrait aucun

dommage, aucun inconvénient et aucun préjudice. Aucune action en responsabilité n'était ouverte. Ce n'est que lorsque le préjudice certain a été souffert que ses droits ont été lésés, qu'elle est devenue une victime ayant des droits à réparation." Montreal Tramways Co. v. Léveillé [1933] R.C.S. 477.

20. P.A. Crépeau, précité, supra, note 7, p. 345.

21. Précité, supra, note 2, Vol. I, p. XXXVIII.

M. Rainer Frank :

Note de l'éditeur: Ce texte n'a pas fait l'objet d'une conférence orale mais est une contribution supplémentaire de l'auteur. Nous tenions à l'en remercier.

LA PROTECTION DE L'INCAPABLE [Traduction de l'allemand]

La protection de l'incapable pose le problème de savoir comment un système juridique doit protéger les personnes qui ne sont pas en état d'exercer elles-mêmes leurs droits. La capacité d'exercer soi-même ses droits peut être limitée par l'âge, mais aussi, indépendamment de l'âge, en cas d'insuffisances intellectuelles. Comme nous disposons de peu de temps, je voudrais me contenter ici de quelques remarques relatives à la protection du mineur.

I La Majorité

La question de la protection du mineur est d'abord liée à l'âge de la majorité. Jusqu'aux années soixante-dix, la règle de la majorité à vingt et un ans s'était propagée dans les pays européens en héritage de la Révolution française. Depuis, une tendance à abaisser l'âge de la majorité à 18 ans s'est amplifiée presque dans le monde entier. Actuellement, la règle de la majorité à 18 ans est en vigueur notamment en Grande-Bretagne, en France, en Espagne, au Québec, dans presque tous les États du bloc de l'Est et, depuis le 1er Janvier 1975, en République Fédérale allemande. Les raisons de l'abaissement de l'âge de la majorité sont diverses. Les progrès biologiques jouent certainement un rôle non négligeable ; cependant, il faut rechercher le motif principal dans la modification des rapports sociologiques : d'un côté, la famille a perdu sa fonction et de l'autre, il y a le fait que les jeunes s'orientent rapidement vers des lieux extérieurs de travail et de formation, favorisant ainsi leur indépendance juridique de façon plus précoce. En Allemagne, le désir d'abaisser l'âge électoral a joué un rôle dans l'abaissement de l'âge de la majorité. En effet, on redoutait de laisser les jeunes de 18 ans prendre part aux scrutins politiques sans leur accorder en même temps une autonomie dans leur vie privée(1).

Ainsi, tant les débats lors de la réforme allemande que l'évolution internationale montrent que l'âge de la majorité est souvent considéré comme l'âge auquel un jeune, sous tous les rapports, devient un membre de la société à part entière, jouissant de l'intégralité de ses droits mais étant, aussi, pleinement responsable.

Actuellement donc, en République Fédérale, un jeune peut, à partir de 18 ans, prendre part aux votes politiques, (art. 38 al. 2 de la Loi Fondamentale); il est soumis au service militaire (art. 1er al. 1er de la Loi sur l'obligation militaire) ; il peut contracter mariage (art. 1er de la Loi sur le mariage) ; il peut conclure seul des contrats (art. 2, 104 et suivants du B.G.B.) et il est évidemment responsable, sans aucune restriction, des actes illégaux qu'il accomplit (art. 2, 828 du B.G.B.). Cette "solution unitaire" s'inspire de l'idée de "maturité sociale générale", qui, en fait, est une illusion(2). Rien ne devrait, donc, empêcher le législateur de régir différemment, par exemple, l'âge de la majorité et l'âge électoral, de la même façon qu'aujourd'hui, en République Fédérale allemande, les jeunes de 18 à 21 ans relèvent, selon leur niveau moral et intellectuel, soit du droit pénal des adultes, soit du droit pénal de l'enfance (art. 105 de la Loi sur les tribunaux pour enfants).

Les expériences allemandes en matière d'abaissement de l'âge de la majorité ne sont pas uniquement possitives. Ainsi, il n'est pas exceptionnel, de nos jours, que des jeunes, dès qu'ils atteignent 18 ans, quittent brusquement la maison paternelle à la suite d'une querelle, pour partir vivre avec un ou une amie. Bien souvent, ces jeunes n'ont pas encore terminé leurs études ou leur formation professionnelle et on peut constater que de tels départs précipités du foyer pourraient être évités si l'âge de la majorité était plus élevé. Si les enfants majeurs dépendent financièrement de leurs parents, d'autres conflits surgissent, soit que les parents acceptent d'entretenir l'enfant, mais en nature, c'est-à-dire à leur foyer, soit que l'enfant quitte la maison et demande un entretien financier. Un tas de procès entre des enfants majeurs et leurs parents, relatifs à l'obligation d'entretien(3), montrent combien l'abaissement de l'âge de la majorité a aggravé le problème. Finalement, cet abaissement a conduit à ce que, par l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, toute aide publique à la jeunesse doit être refusée aux jeunes de 18 à 21 ans.

Aujourd'hui, de nombreux jeunes orphelins sont contraints de quitter le foyer, public ou privé où ils vivaient, alors même qu'ils ne sont pas encore capables de mener leur vie de façon indépendante.

II La capacité de contracter des mineurs

Tout système juridique contient des dispositions limitant la capacité du mineur à s'engager

contractuellement. Une interdiction totale d'accomplir les actes juridiques ne serait pas dans l'intérêt du mineur : en effet, plus un mineur se rapproche de l'âge-limite de 18 ans, plus il a besoin de régler lui-même, au moins partiellement, ses affaires patrimoniales.

Sur le plan de la politique juridique, il existe fondamentalement - comme le prouvent les recherches comparatives(4) - deux possibilités de prendre en considération les besoins croissants du mineur à accomplir de façon autonome les actes de la vie juridique : on peut soit faire abstraction du cas individuel, soit faire dépendre la capacité de faire des actes juridiques de la faculté concrète de discernement du mineur, et aussi du fait que le mineur ne subit pas de lésion économique à cause de l'acte. C'est cette solution que le droit français a choisie. La solution du droit allemand, elle, est beaucoup plus rigide : le législateur allemand estimait que la question de la capacité de discernement d'une part, et la lésion simple survenant du fait de l'acte juridique d'autre part, pouvaient conduire à des incertitudes juridiques : le partenaire contractuel du mineur ne pourrait apprécier de façon certaine ni la capacité de discernement, ni la lésion économique que l'acte causerait au mineur.

Le droit allemand apprécie, donc, la validité d'un contrat non pas en fonction de la capacité de discernement du mineur dans chaque cas individuel, mais en fonction de strictes limites d'âge : les mineurs de 7 ans ne peuvent faire eux-mêmes, même avec l'accord de leurs parents, aucune déclaration juridique valable (art. 104, 105 du B.G.B.). Les mineurs de plus de 7 ans peuvent conclure valablement un contrat, mais seulement avec le consentement de leurs parents, et l'accord peut aussi bien être formulé avant qu'après la conclusion du contrat (art. 106 et suivants du B.G.B.).

Contrairement au droit français, le droit allemand n'autorise pas un mineur à passer valablement, sans le consentement de ses parents, des contrats avantageux(5). Ce principe s'applique, aussi, aux mineurs qui sont mariés : même après le mariage, ils ne peuvent agir valablement, sur le plan juridique, qu'avec l'accord des parents.

Il est intéressant de constater que jusqu'à présent, il n'y a, en droit allemand, aucun souhait de réforme qui aurait pour objet de consolider la situation

encore dépendante, par rapport aux autres systèmes juridiques, du mineur dans le domaine juridique.

Lorsque, lors de la réforme de 1979 relative au droit parental de garde(6), on a, à nouveau, insisté sur le fait que les parents devaient, de plus en plus, prendre en considération la responsabilité personnelle de l'enfant, ces exigences se sont limitées exclusivement aux relations entre parents et enfants. La réforme de 1979 n'a pas modifié le principe selon lequel la validité des actes juridiques accomplis par les mineurs dépend du consentement des parents.

La règlementation du droit allemand n'est certainement pas satisfaisante à tous points de vue. On peut, tout d'abord, critiquer le fait que les larges pouvoirs de représentation des parents mettent ceux-ci en état de conclure valablement des contrats au nom du mineur, même si un exercice du droit parental de garde contre la volonté de l'enfant doit être exclu. Ainsi, récemment, on s'est demandé s'il n'était pas possible de tenir compte des besoins des adolescents en utilisant les Teilmündigkeiten (majorités partielles)(7), de la même façon que le droit en vigueur dans l'article 2229 du B.G.B. stipule que les mineurs de 16 ans peuvent rédiger eux-mêmes leur testament. On pourrait se demander si l'on ne devrait pas - de lege ferenda - attribuer à l'enfant de plus de 14 ans le droit de conclure lui-même les contrats de formation et de travail, même si c'est avec le consentement des parents(8). On devrait aussi réfléchir si, et dans quelle mesure, on devrait accorder à l'enfant plus âgé (à partir d'environ 16 ans) la liberté d'accomplir les actes juridiques concernant sa santé (moyens contraceptifs, interruption de grossesse, maladies vénériennes). Selon le droit médical allemand, un mineur ne peut conclure valablement un contrat médical qu'avec l'accord de ses parents. Cela ne signifie pas nécessairement que le mineur doive obligatoirement subir un traitement médical contre son gré. D'après une décision de la Cour Fédérale (BGHZ 29, 33, 36), il vaut mieux que le mineur accepte lui-même l'opération "dès qu'il a la faculté, d'après sa maturité intellectuelle et morale, de mesurer l'importance de l'intervention et de son consentement". Mais le contrat médical lui-même, sans lequel un traitement médical n'est, en règle générale, pas possible, ne peut être conclu par le mineur sans le consentement des parents(9).

Globalement, le droit allemand règlemente la capacité juridique des mineurs de façon relativement rigide et s'en tient à des limites d'âge.

Dans un but de clarté juridique, l'activité juridique indépendante du mineur est interdite, même lorsqu'aucun risque pour le mineur n'entre plus en compte.

III La capacité délictuelle du mineur

Dès l'entrée en vigueur du Code civil allemand, le 1er Janvier 1900, alors que l'âge de la majorité était encore fixé à 21 ans, l'article 828 al. 2 du B.G.B. prévoyait que le mineur de 18 ans était "capable sur le plan délictuel" : il était donc tenu de réparer tout dommage causé par sa faute.

Après l'abaissement de l'âge de la majorité de 21 à 18 ans en 1975, on a, aujourd'hui, l'impression fausse que la capacité délictuelle résulte de la majorité.

Dans le domaine délictuel, le législateur allemand distingue aussi, comme lors de la détermination de la capacité juridique, selon de strictes limites d'âge: les enfants de moins de 7 ans ne sont pas responsables des dommages qu'ils causent à d'autres personnes (art. 828 al. 1er du B.G.B.). Dans l'article 828, al. 2 le législateur prévoit une règlementation souple pour la catégorie des mineurs de 7 à 18 ans : la responsabilité dépend du fait que "le mineur dispose ou non du discernement nécessaire à la reconnaissance de la responsabilité". Ainsi, il faut toujours vérifier si l'enfant pouvait distinguer entre le bien et le mal au niveau de l'acte dommageable concret et s'il avait la capacité d'orienter sa volonté.

Les expériences relatives à la capacité délictuelle des mineurs, différente selon leur âge et leur faculté de discernement, furent généralement bonnes en droit allemand.

Les aspirations de réforme consistent seulement à abandonner, pour l'avenir, le principe du droit en vigueur : selon lui, les mineurs de 7 à 18 ans qui reconnaissent leur responsabilité et peuvent agir d'après cette reconnaissance répondent de leurs actes illégaux sans aucune restriction.

Un projet de réforme(10) datant de 14 ans déjà, prévoit que les jeunes de 7 à 18 ans, disposant du discernement requis mais pas, cependant, dans les mêmes proportions qu'un adulte, peuvent être tenus à réparation,

à condition que celle-ci ne soit pas totale, mais seulement partielle et selon l'équité.

IV La capacité des mineurs de contracter mariage

En Allemagne, depuis l'abaissement de l'âge de la majorité de 21 à 18 ans, l'âge de la majorité et l'âge nubile concordent : les deux candidats au mariage doivent être majeurs, c'est-à-dire être âgés de 18 ans (art. 1er al. 1er de la Loi sur le mariage). Mais le Tribunal des Tutelles peut, à deux conditions, autoriser le mariage d'un homme ou d'une femme mineurs : 1) si l'intéressé est âgé d'au moins 16 ans et, 2) si son futur époux est majeur (art. 1er al. 2 de la Loi sur le mariage). On constate qu'avec cette règle, dans un couple jeune, au moins un des époux a la capacité juridique : en effet, selon le droit allemand, la conclusion du mariage n'entraîne pas la capacité juridique de l'époux mineur. En l'absence de cette autorisation du Tribunal des Tutelles, les mineurs ont besoin pour se marier de l'accord de leurs parents (art. 3 de la Loi sur le mariage). La discussion, jadis animée autour de la nubilité, a perdu de son intérêt aujourd'hui, parce que, actuellement, on a tendance à se marier plus tard qu'auparavant(11).

V La reforme du droit parental de garde (Sorgerecht)

En République Fédérale allemande, la Loi sur la nouvelle règlementation du droit patental de garde, qui avait été longuement discutée, est entrée en vigueur(12) le 1er janvier 1980.

Le gouvernement fédéral avait justifié l'urgence de la réforme des relations parents-enfants par la nécessité de donner à l'enfant la possibiité de "participer à l'exécution des mesures parentales de garde"(13). L'enfant ne doit plus être "l'objet de la décision unilatérale des parents"(14). Le législateur a même, à l'article 1626 al. 2 du B.G.B., défini la responsabiilté parentale de la façon suivante : "au cours de l'entretien et de l'éducation, les parents prennent en considération la capacité et le besoin croissants de l'enfant à agir de façon autonome et responsable. Ils discutent avec l'enfant, dans la mesure où cela est permis par son niveau de développement, les questions de garde parentale et recherchent une entente".

Le but de cette nouvelle règlementation est d'interdire l'éducation fondée sur les ordres et

l'obéissance, et de prescrire une éducation fondée sur la concertation.

Cette nouvelle orientation trouve une expression évidente dans le fait que le vieux terme légal de "puissance parentale" a été aboli et remplacé par le nouveau concept de "droit parental de garde".

Dans le détail, la nouvelle règlementation du droit parental de garde a certainement eu du bon : par exemple, l'article 1631 al. 2 du B.G.B. interdit expressément les mesures éducatives dégradantes ; les parents sont tenus de "prendre en considération, dans le domaine de la formation et de la profession, les aptitudes et les penchants de l'enfant" (art. 1631a, al. 1er du B.G.B.). En cas d'usage objectivement abusif du droit parental de garde, des mesures judiciaires de protection peuvent être prises en faveur de l'enfant, même si exceptionnellement, un blâme ne frappe pas les parents (art. 1666 du B.G.B.) et on prend en considération le bien de l'enfant, sur le plan procédural, par des droits de consultation renforcés (art. 50 de la Loi sur la juridiction volontaire).

Aujourd'hui encore, la nouvelle règlementation du droit parental de garde est tout de même critique. Il n'appartient pas au législateur d'imposer aux parents un certain type d'éducation(15). Puisque l'article 6 al. 2 de la Loi Fondamentale définit l'entretien et l'éducation des enfants comme "un droit naturel des parents", les interventions étatiques pour le bien de l'enfant doivent être limitées à des situations exceptionnelles. À mon avis, il n'y a aucune raison d'interdire les méthodes éducatives autoritaires. Du reste, on peut se demander si c'est le bien de l'enfant qui est réellement défendu, quand le législateur insiste toujours sur le droit de l'enfant au dialogue, dans l'éducation, et à sa responsabilité personnelle.

Cela semble douteux quand on pense au nombre élevé de procès dans lesquels des jeunes exigent de leurs parents la prise en charge des frais relatifs à une deuxième formation(16), parce que la première ne correspondait pas à leurs aptitudes et à leurs souhaits (cf. art. 1631 a, 1610 al. 2 du B.G.B.). Le 27 janvier 1981, une décision du Tribunal de la Famille de Stuttgart(17) montre où peut conduire la prise en considération trop grande de la volonté de l'enfant:

"Les parents de deux enfants de 11 et 13 ans ont divorcé. Le tribunal a estimé que les deux parents étaient aptes à élever leurs enfants. En l'absence d'autres critères de décision, on a dû s'en remettre à la volonté des enfants, et attribuer ceux-ci, selon leurs désirs, à un des époux. Le tribunal dit expressément que "les deux enfants de 11 et 13 ans sont en état d'envisager eux-mêmes leur vie future en considération de la séparation de leurs parents(18)."

Je pense que, en instituant la réforme de 1979, le législateur n'a pas eu la main heureuse. Il serait faux, cependant, de lui reprocher la "destruction de la famille"(19). Ce n'est pas le système juridique lui-même, mais la réalité sociale, avant tout, qui est responsable de la crise actuelle de la famille - qui ne se limite certainement pas au territoire de la République Fédérale - et qui est responsable des tensions existant dans les rapports entre parents et enfants.

NOTES :

1. Cf. Beitzke, AcP 172 (1972) p. 240 et s.

2. Cf. note 1.

3. Cité par Gernhuber, Lehrbuch der Familienrechts, 3e éd., 1980 § 42 III, p. 633 et s.

4. Cf. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, t. II, 1969, § 2, p. 20 et s.

5. Il en va différemment si le mineur reçoit un avantage seulement juridique (par ex. donation à un mineur), art. 107 B.G.B.

6. Cf. Diederichsen, "Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge", NJW 1980, p. 1 et s.

7. Gernhubert, précité, supra, note 3, § 49 VI 3, p. 723 et s. ; Bosch, FamRZ, 1973, p. 489 et s.

8. Cf. Beitzke, précité, supra, note 1, à la p. 261.

9. Cf. Lüderitz, AcP 178 (1978) 263, aux pp. 276 et s.

10. Reformentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, publié par le Ministère de la Justice, Karlsruhe 1967 (art. 828 al. 2).

11. Cf. Neuhaus, Ehe-und Kindschaftsrecht in rechtsvergleichender Sicht, Tübingen, 1979, p. 20 et s.

12. Cf. Diederichsen, "Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge", NJW 1980, p. 1 et s.

13. Bundestags-Drucksache 7/2060, p. 1.

14. Bundestags-Drucksache 7/2060, p. 13.

15. Cf. Diederichsen, NJW 1980 p. 2 et s. ; Simon, JUS 1979, 753.

16. Cf. BGHZ 69,190 et BGH FamRZ 1980, 115 ; Moritz, "Dauer und Hölde des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs Auszubildender", JZ 1980, p. 16.

17. FamRZ 1981, 597.

18. FamRZ 1981, 599.

19. Schmitt-Glaeser (DÖV 1978, 632) parle de Zielprojektion, die auf Zerstörung der Familie hinausläuft.

Mme Michèle Rivest :

Je remercie monsieur Keyserlingk de son exposé. Je pense que chacun de nos conférenciers a présenté un exposé qui suscite discussion et soulève des questions. Je vais laisser la salle intervenir en premier lieu et, par la suite, chacun des intervenants pourra répondre à l'exposé de son collègue.

Mme Madeleine Caron :

Je voudrais souligner un propos qui a été tenu par madame Deleury, sur lequel elle n'a probablement pas eu le temps d'élaborer ; c'est l'éparpillement des différentes lois qui touchent la protection du malade mental.Je veux souligner que ce droit est actuellement en révision au Québec et que les problèmes en jeu touchent des questions de fond, par exemple, le problème de la cure fermée. Priver quelqu'un de sa liberté, c'est le priver d'un droit fondamental et, selon les principes de notre droit, on ne devrait pas priver quelqu'un de ce droit sans qu'il ait eu l'occasion de se faire entendre.

Il y a eu à un moment donné une certaine volonté politique de reconnaître ce droit ; il y a même eu des tournées aux États-Unis et il semblerait que le gouvernement recule en ce moment, à cause des coûts et des complications administratives. Et pourtant, on trouve dans le Projet de Code civil, la reconnaissance de ce droit fondamental de ne pas être privé de droits sans être entendu, et je pense que ceux qui font la doctrine, entre autres, ne devraient pas être silencieux sur cette question.

Mme Édith Deleury :

Je pense que la question que vous venez de soulever se rapporte au problème de l'éclatement du concept de l'incapable, pris dans un sens beaucoup moins traditionnel qu'il ne l'était jusqu'à présent. La question que j'ai soulevée est de savoir si l'on pouvait intégrer les dispositions de la Loi sur la protection du malade mental au même titre que la Loi sur la protection de la jeunesse qui, au niveau de leur implantation, soulèvent également ce problème des barrières, d'éclatement des cadres traditionnels et de l'empiètement du droit public sur le droit privé. Je pense également que, dans la mesure où ce respect et ce droit fondamental de la liberté de la personne sont reconnus dans le Code civil, on devrait aller plus loin, c'est-à-dire qu'il m'apparaît

que, compte tenu de la volonté et de la philosophie qui sont sous-jacentes à la réforme, - la personne humaine, en tant que pierre d'angle en quelque sorte de la réforme -, on n'est pas allé assez loin. Il y a des problèmes d'intégration et, en ce sens, je suis parfaitement d'accord avec vous : on doit pousser à l'intégration d'une manière ou d'une autre.

M. François Terré :

J'ai des questions ou des réflexions qui égrainent un peu vos rapports, que j'ai trouvés remarquables. Tout d'abord, j'ai été très intéressé par ce qui a été dit sur la notion d'incapable et sur les notions qui sont utilisées en la matière et, en ce qui concerne le traitement, la protection elle-même, les règles juridiques qui sont applicables à ces incapables.

Je voudrais vous dire que dans les expériences du droit français, on ne sait plus très bien qui est incapable et qui ne l'est pas. Tout homme bien portant est un malade qui s'ignore et tout homme capable est un incapable qui s'ignore bientôt, à force de voir se développer une espèce de technocratie de la protection de l'enfance. Il y a une technocratie de l'enfance, dit un auteur. Il y a aussi un retour à l'enfance et, comme tout le monde retourne à l'enfance, tout le monde se retrouve exposé à la technocratie de l'enfance. "L'incapacité de pourvoir seul à ses intérêts", c'est dans le Projet de Code civil, une définition, je le reconnais, des formules qui ont été introduites dans la loi en France par l'effet de la réforme du droit des incapables majeurs.

Des personnes incapables de pourvoir seules à leurs intérêts, la définition que nous en avons donnée, à l'époque où le doyen Carbonnier a retenu cette phrase, c'est une incapacité qui peut être aussi bien physique que morale. Qu'est-ce que c'est que l'incapacité physique de pourvoir seul à ses intérêts? C'est une définition qui ne figure en aucune manière dans la loi et il y a eu, dans la pratique, des hésitations dans l'application de cette loi. Les vieillards grabataires sont-ils des incapables en ce sens? J'ai le souvenir d'une question qui avait été posée à la Chancellerie, au ministère de la Justice. Il s'agissait de savoir si un obèse était incapable de pourvoir seul à ses intérêts. Et nous nous étions demandés à partir de quel moment une personne devenait obèse et il est peut-être vrai qu'il faut, dans certaines législations protectrices de tout un chacun, protéger les obèses. Et nous avions demandé au corps médical de nous donner une

définition de l'obèse. La définition qui nous en a été donnée à la Chancellerie était la suivante : c'est celui qui ne peut pas mettre ses chaussures tout seul. Alors faut-il faire figurer dans un document administratif : "est obèse : sera par la loi considéré comme obèse celui qui ne peut pas mettre ses chaussures tout seul". Vous voyez le drame de l'unijambiste!

Laissons de côté cette définition un peu incertaine de l'incapable, car la maladie n'est-elle pas en elle-même une situation qui n'est pas de nature à justifier des mesures de protection? Des greffes d'organe d'un enfant sur un autre, d'un jumeau sur un autre jumeau, n'est pas de nature à susciter des difficultés quant à la définition.

Voilà donc une première perplexité. Qu'est-ce que c'est qu'un incapable, qu'est-ce qu'une personne incapable de pourvoir seule à ses intérêts? Ne peut-on pas ne pas la définir au coup par coup? Et si l'on songe qu'il y a 500 000 personnes qui vont, qui viennent en traitement, en cure médicale, parfois pour des dépressions ou pour d'autres soins, la discontinuité de l'état de malade mental est aussi de nature à rendre très difficile l'appréhension juridique du phénomène.

C'est aussi la notion de protection qu'il est difficile de cerner. La loi de 1968, en France, avait aménagé trois régimes de protection : la sauvegarde de justice, on avait été reprendre cette vieille expression de la sauvegarde du roi de l'ancienne France, puis la tutelle et la curatelle. L'on peut dire, à l'heure actuelle, que si l'on fait le bilan de cette réforme, la sauvegarde de justice est une très belle institution qui, pratiquement, ne fonctionne pas. Il n'y a pas dans la pratique, sauf pour la joie des théoriciens, d'application de cette disposition, mais cela ne veut pas dire qu'une disposition de cette nature soit inutile. Il y a des dispositions dissuasives qui sont, en elles-mêmes, les signes mêmes de leur propre utilité.

Mais si j'avais l'air de plaisanter lorsque je parlais de la protection du consommateur, c'est que si l'on y regarde bien, la notion de protection, que l'on a vu se développer au-delà de l'idée d'incapacité et à propos de la protection des incapables mineurs ou majeurs, à partir du moment où la sauvegarde de justice n'est pas une mesure d'incapacité mais une simple mesure de protection, cette notion de protection oblige à s'interroger sur

ce qu'est une protection. On s'aperçoit que les sanctions qui sont aménagées par les textes sur la protection des consommateurs se rapprochent d'un certain nombre de mesures qui se trouvaient dans la sauvegarde de justice.

Et si, à la limite, tout le monde finit par être protégé, dans une société d'assistance et de protection, si l'on en arrive à un moment où la moitié de la population passera son temps à protéger l'autre et que l'autre essaiera d'échapper aux mesures de protection de la précédente, il est bien évident que cette législation des incapacités, de protection, qui est une législation a priori excentrique et anormale, deviendra le signe même d'un déséquilibre du droit.

Et si effectivement, nous nous trouvons dans l'embarras, c'est que l'on peut dire que, de toutes les lois qui ont rénové le Code civil français, c'est la première qui a été la meilleure. C'est celle qui a suscité le moins de critiques, c'est la Loi du 14 décembre 1964. Était-ce parce que c'était la première et que finalement les auteurs ont fourbi leurs armes peu à peu. Plus elles ont été, les unes après les autres, mises dans le droit positif, plus les critiques ont augmenté. Il y a eu un moment de lassitude. Mais je dirais que si elle a bien réussi, c'est parce qu'elle avait su intégrer dans sa prévision de l'avenir, l'importance du statut et du rôle de toute cette législation sur la protection des incapables mineurs et majeurs. Cette législation tient compte du fait que la loi n'est peut-être, dans une certaine mesure, qu'un pis aller ; qu'il y a des protections domestiques, qu'il y a un équilibre domestique qu'il n'est pas toujours nécessaire d'atteindre et de remettre en cause.

Alors voilà des réflexions. Je ne sais plus ce qu'est un incapable, je ne sais plus ce qu'est une protection et je ne sais plus ce qu'est la limite même du droit civil en matière de protection des incapables,car il existe une grande et une grave lacune dans notre législation. Il s'agit de la protection de la personne des malades mentaux. Nous ne parvenons pas, depuis un siècle, à réformer la loi de 1838 et nous n'y parvenons pas parce que le monde médical s'y oppose et peut-être est-ce la réforme la plus impossible à réaliser qui soit. C'est un problème insoluble, dit Carbonnier, que celui de la protection de la personne des malades mentaux ; parce que l'on ne sait pas à qui confier la protection de cette personne.

On la confie, bien entendu, à des magistrats. Mais les magistrats ne sont pas des psychiatres et qui va donner au magistrat le soin de décider? Un expert? Un expert-psychiatre? Mais l'expert-psychiatre aura un avis qui pourra être contesté par un autre. Il n'y a pas de solution, à moins d'imaginer une espèce d'ombudsman pour les fous, à moins d'imaginer une sorte de droit applicable aux aliénés, qui serait différent, avec des règles de conflit et des solutions différentes, un médiateur pour les fous. Il n'y a pas de solution possible. Mais quand bien même on la trouverait, où faudrait-il mettre ce droit? Dans le Code de la santé publique, dans les Codes administratifs, dans le Code civil? Où donc les mettre? Et je rejoins tout à fait ce que vous disiez, cela faisait sourire, semble-t-il, notre collègue Mechri, une espèce de code de statut personnel. Je crois que le terme statut personnel est un peu excessif mais qu'il y a quand même matière à revoir cette question.

M^me^ Michèle Rivet :

Y a-t-il d'autres interventions?

M. Mechri :

J'ai souri lorsqu'on a parlé de code de statut personnel parce qu'au Québec, à l'heure actuelle, il y a un Code civil. En Tunisie, il n'existe pas de Code civil. Les matières qui sont envisagées dans le Code civil français ou québécois sont insérées dans différents codes en Tunisie : Code des obligations et des contrats, Code des droits réels, Code de statut personnel. Alors, là où il y a un Code civil, on songe à envisager un Code de statut personnel et là où il existe déjà un Code de statut personnel, on voudrait peut-être descendre d'un cran et envisager un Code des incapacités.

M^me^ Édith Deleury :

Je veux simplement souligner que les inquiétudes et les réflexions du professeur Terré s'appliquent parfaitement au contexte dans lequel nous nous situons aujourd'hui et indépendamment peut-être d'une question plus globale de cette inflation des lois de protection, Loi sur la protection de la santé publique, Loi sur la protection du malade mental, etc. Cet aspect aussi un peu "maternant" de la Loi sur la protection du consommateur invite peut-être à s'interroger sur un plan plus global. La question de la définition de l'incapable est très délicate et, telle que donnée dans l'article 180, par

rapport à l'incapable majeur, elle est dangereuse parce qu'essentiellement subjective et, qu'au niveau du respect de la liberté de la personne humaine, elle peut mener à des interventions arbitraires.

Mme Madeleine Caron :

Je veux simplement parler du terme "protection" et on semble chercher une voie. Une de ces voies peut être d'amener les gens à s'occuper d'eux-mêmes. Par exemple, dans certains hôpitaux, il existe des comités de malades qui se regroupent entre eux et qui font leur propre éducation, par exemple, sur les drogues. Dans les grands hôpitaux, on administre des médicaments, sans expliquer aux malades les effets secondaires de ces drogues, et cela crée toutes sortes de complications et entraîne une sorte de dépendance par rapport non seulement aux drogues mais à l'institution et aux psychiatres. Un peu partout, en Amérique du Nord et, ici au Québec, il existe des associations qu'on appelle de "psychiatrisés", qui ont utilisé ce terme, sciemment, pour montrer leur dépendance passée aux drogues et à la médecine, et ces associations de personnes réussissent à se prendre elles-mêmes en main. Alors, c'est peut-être une voie pour sortir de la dépendance et du maternage exagérés permis par certaines lois.

M. Mechri :

On se demandait tout à l'heure comment on pouvait définir la notion d'incapable. Mais est-ce que la notion d'incapable recouvre une réalité? Qu'est-ce qu'un incapable? Est-ce qu'il existe quelqu'un qui n'a aucune capacité? On nous disait tout à l'heure que même le foetus devrait avoir des droits. Alors, n'importe quel individu a une certaine capacité. Je ne sais pas si c'est plutôt une notion de protection plutôt que de capacité qu'il faudrait envisager?

Mme Édith Deleury :

En fait, c'est plutôt une notion de protection qui est envisagée, si l'on regarde le libellé même des textes, beaucoup plus que d'incapacité parce que la capacité c'est le principe et cela est affirmé. Et ce n'est que par exception, et c'est l'interprétation restrictive, que l'on parle d'incapacité. Et si l'on parle maintenant de personnes protégées, c'est qu'en fait, la philosophie sous-jacente est différente. Est-ce que cela répond à l'idée de protection à laquelle vous faites allusion?

M. Mechri :

Pour aller dans le même sens que mon collègue Terré, effectivement, on se demande qui est capable et qui est incapable. Ã la limite, protection de l'incapable, est-ce que ce n'est pas une redondance? Ã la limite, toute personne qu'on protège, est-ce que ce n'est pas un incapable par définition?

En droit tunisien, le Code de statut personnel comprend un Livre particulier consacré aux incapables ; et les incapables, tels qu'ils sont cités et décrits dans le Livre 10,correspondent à ce dont nous avons parlé aujourd'hui : le dément, le faible d'esprit, le prodigue, le mineur, etc. Et nous nous sommes demandés, Monsieur Terré en faisait état, si un malade ne doit pas être considéré comme un incapable.Et dans la mesure où nous avons une codification éclatée, il n'y a pas de codification d'ensemble et des incapacités.

Au hasard de la lecture du Code des obligations et des contrats, il y a une disposition au terme de laquelle lorsqu'une vente est faite par un malade pendant sa dernière maladie, et lorsque cette vente a été faite à un des héritiers dans l'intention de le favoriser, cette vente pourra être annulée. Et le problème s'est posé de savoir si cette disposition ne recouvrait pas un cas d'incapacité. Le malade, pendant sa dernière maladie, se verrait interdire de faire un certain nombre d'actes. La jurisprudence a eu à se pencher sur ce cas et, étant donné la formulation et le contexte du texte, on a estimé que ce n'était pas un cas d'incapacité, parce que si l'on avait estimé que la dernière maladie était un cas d'incapacité, pourquoi limiter l'annulation au cas où l'intention était de favoriser et pourquoi limiter la nullité de l'opération lorsque la vente est faite à un héritier? On a vu dans cette disposition beaucoup plus un souci d'assurer, dans la tradition du droit musulman, l'égalité successorale afin qu'il n'y ait pas de captation, etc., plutôt que de l'existence d'un véritable cas d'incapacité. Mais je pense que cela est de nature à traduire que souvent la frontière "capable, incapable", est difficile à percevoir. Je pense que cela est de nature à traduire ce trouble qui doit agiter beaucoup de législations.

M. François Terré :

Je crois que l'on peut répondre pour le droit français. En pareil cas, il y a sûrement une incapacité. La difficulté consiste peut-être à distinguer des

interdictions et des incapacités. C'est sur un des deux versants. La réponse sur la notion d'incapacité existe juridiquement dans les textes. Ou bien une personne ne peut pas accomplir un acte déterminé ou bien elle ne peut l'accomplir qu'avec l'assistance d'un curateur ou bien c'est un tuteur qui peut l'accomplir pour elle. Donc, la notion d'incapacité telle qu'elle nous a été léguée par les Codes et par la tradition existe. Le problème est qu'autour et sur le versant de ces protections plus ou moins diffuses, on voit naître toute une série d'hypothèses dans lesquelles on ne sait plus très bien où se situer. La colère n'est-elle pas un trouble mental passager? Et autrefois, sous l'Ancien Régime, la colère était considérée comme une cause de folie.

Je suis inquiet du développement de cette propension à la protection de l'enfant conçu. Et je dois dire que si je suis réservé, c'est que l'on voit mal comment, hormis un contrôle médical et sanitaire, on puisse faire pénétrer dans le Code civil des règles de protection de l'enfant conçu. Je m'interrogeais, en vous écoutant, à propos du droit français. Et je me suis dis : voilà une question qui n'est pas venue à l'esprit des auteurs mais que en vous écoutant, je me posais à moi-même. Il y a en France une loi sur l'avortement libéralisé, superlibéralisé et bientôt remboursé par la sécurité sociale*. Et ne voilà-t-il pas qu'une question se pose en cas d'avortement régulier dans les délais : si l'enfant qui était conçu ne vient pas à naître et si l'un de de ses auteurs est mort entre le moment de sa conception et le moment de l'avortement, est-ce que l'enfant conçu, et qui a des droits dans votre perspective, a pu hériter? Il faudrait peut-être donner le droit d'hériter à ce foetus. À qui va-t-il transmettre sa succession, car il se peut qu'il ait hérité, le temps de quelques jours. Et l'on voit, à force de vouloir multiplier les droits, les droits patrimoniaux, combien il peut être difficile de saisir ce phénomène autrement que par la prudence du droit.

J'en dirais autant de l'euthanasie. Je suis très réservé sur la réglementation de l'euthanasie.

J'imagine même que toutes les découvertes, tous les progrès de l'insémination artificielle et même des manipulations génétiques peuvent donner libre cours à

---

* Note de l'éditeur : maintenant, seuls sont remboursés les avortements thérapeutiques.

des élucubrations qui donnent à penser qu'en matière juridique, mise à part l'existence de cette vieille maxime infans conceptus qui est reprise dans le Code, on peut difficilement, à l'heure actuelle, traduire autre chose dans les termes du droit. C'est une réserve, mais c'est une réserve d'un esprit passéiste et je veux bien que le jour aussi où les progrès de l'insémination artificielle auront permis qu'une mère couve un enfant qui a été pondu par une autre, on puisse se demander qui serait appelé à protéger l'incapable. Quelle est la tutrice de cet enfant conçu? La mère couveuse, la mère pondeuse, le mari de la mère couveuse, l'amant de la mère pondeuse? Finalement, tout le droit positif paraît sortir un peu de ce souci de négliger quand même, comme l'avait fait le Code Napoléon, les quantités négligeables. Je n'ose dire qu'un foetus est une quantité négligeable. Je considère que cette loi sur l'avortement est très contestable telle qu'elle est conçue en France. Je me demande si le juriste peut apporter, en la matière, une réponse satisfaisante aux besoins de notre société en pleine évolution.

Mme Rivest :

Je pense que monsieur Crépeau aimerait bien intervenir sur cette question.

M. Paul-André Crépeau :

Je veux citer le cas concret d'une mère enceinte qui, à cause de ses convictions religieuses, refuse une transfusion sanguine qui va entraîner dans la mort elle-même et son enfant. Alors, qu'est-ce que l'on fait? Ce sont des hypothèses qui se sont présentées. J'ai eu l'occasion de réfléchir sur la question lorsque j'étudiais le problème du consentement du mineur. On se trouve devant un problème de valeurs et un problème où il faut faire un choix. Est-ce que l'on prend des mesures coercitives contre la mère? Est-ce que l'on s'adresse au tribunal pour obtenir une injonction ordonnant à la mère de subir le traitement? Est-ce qu'on l'interdit, est-ce qu'on l'attache à un lit? Qu'est-ce que l'on fait pour résoudre le problème? Si elle ne reçoit pas cette transfusion sanguine, l'enfant va mourir. Peut-on permettre la chose sur le plan juridique?

M. François Terré :

Je crois qu'il faut peut-être décomposer la question. S'il s'agissait uniquement de la mère, le refus de soins médicaux par celle-ci mettant en cause sa vie,

faute desquels elle meurt, ce refus ne peut être vaincu par aucune espèce de contrainte sociale. Et je crois que, de ce point de vue, il semble qu'il y ait un consensus général. Ma réponse est non. Enfin, elle est libre. La différence est qu'elle attend un enfant. Et il y a un fait grave à considérer. Est-elle mariée?

M. Paul-André Crépeau :

Je ne m'étais pas posé cette question.

M. Terré :

Oui, parce que lorsque l'on parle de la mère et de l'enfant, on ne parle jamais du père.

M. Paul-André Crépeau :

Pour moi, cela n'entrait pas en jeu.

M. Terré :

Non, parce que le problème a été longuement discuté. En France, il y a un arrêt tout récent du Conseil d'État concernant le point de savoir si la femme mariée peut se faire avorter sans prévenir son mari. La réponse est oui. Et au Canada, au Québec, aussi? Puis-je savoir pourquoi? Excusez-moi de vous rendre la parole, mais pourquoi?

M. Paul-André Crépeau :

Dans l'état actuel des valeurs qui sont introduites dans le Code criminel, l'avortement est accordé officiellement lorsque la vie et la santé de la mère sont mises en péril. Or, en droit civil et, a fortiori, en droit pénal, le mari n'a rien à voir avec l'état de santé de sa femme. Il appartient à la femme elle-même de voir à la protection de ses intérêts et le mari ne peut pas s'y opposer.

M. François Terré :

Effectivement, je ne peux y répondre qu'avec les solutions du droit français pour faire une transposition. La réponse du droit français est que l'enfant conçu

qui est dans le ventre de sa mère n'appartient qu'à la mère. C'est elle qui va décider de sa vie ou de sa mort. La société n'intervient pas. Par conséquent, j'inclinerais à considérer que, si grave que ce soit, il paraît trop attentatoire à la liberté de la mère que la société puisse intervenir pour l'empêcher de refuser de suivre ce traitement. C'est une réaction très individualiste que je présente mais qui tient à savoir quel est le droit de la mère. Je sais bien que l'expression de "droit de la mère" est affreuse, mais c'est bien ainsi que les termes se posent : l'on parle du "droit à l'enfant" que l'on a vu germer par les temps qui courent. J'ai donné une réponse, aucune n'est bonne en la matière, mais on ne peut pas traiter quelqu'un contre sa volonté, c'est trop grave.

M. Mechri :

Est-ce que vous donneriez la même réponse si la mère n'était qu'une mère couveuse?

M. Terré :

Alors là, vous me faussez... Je crois que pendant le temps de la gestation de l'enfant, la mère pondeuse n'existe plus.

M. Mechri :

Je voudrais simplement indiquer que la mère conserve ce droit sur le foetus pendant un certain nombre de semaines mais, s'il y a avortement par la suite, je crains fort que la solution ne soit pas identique.

Donc, le problème que posait le professeur Crépeau reste tout-à-fait entier, c'est-à-dire lorsque l'on a dépassé le délai légal pendant lequel la femme peut se faire avorter et a ce droit de disposer du foetus qui semblerait par rapport au droit, n'être pas encore un être vivant quasiment.

Nme Michèle Rivet :

En fait, la question que posait monsieur Keyserlingk était la suivante : il s'agissait de savoir si ces mesures de protection avaient un caractère de pérennité suffisante pour qu'on les introduise dans le Code civil. Le critère, dans cette question, est celui de pérennité et l'on peut, à ce moment-là, penser à une

législation ou à une intervention, une réglementation, mais sans l'insérer dans le Code civil parce que, à un moment donné, à mon sens, on rabaisse le Code civil au niveau d'une simple loi. Est-ce que l'on doit légiférer? Est-ce que l'on doit le mettre dans le Code civil?Le caractère de pérennité qui était un des arguments de monsieur Keyserlingk peut être, selon moi,discuté. Il est évident que la santé de chaque enfant conçu doit être protégée, mais ce n'est peut-être pas un élément suffisant pour l'insérer dans le Code civil. Le concept ou la notion de Code civil est une notion beaucoup plus élevée et seules les valeurs d'un ordre différent, à mon avis, devraient y être intégrées.

M. François Terré :

Il y a une autre raison. C'est que même s'il y avait une considération de pérennité, peut-être faudrait-il hésiter dans la mesure où la science, la biologie, la génétique et la médecine évoluent de jour en jour. Je voudrais en donner un exemple ; l'état d'être vivant, la vie et la mort sont dans l'existence juridique de l'individu des moments essentiels. Or, ni la vie, ni le moment de l'apparition de la vie chez l'homme, ni le moment de la disparition de la vie ne sont réglementés, à ma connaissance, dans aucun texte de code. Qu'est-ce qui définit la mort en France? C'est une circulaire administrative. On meurt "par circulaire". Et cela, parce qu'il a bien fallu définir la mort à un moment donné, lorsque l'on a constaté que les greffes d'organes ne pouvaient pas elles-mêmes être réglementées de la même manière, selon qu'il s'agit des greffes d'organes prélevés sur des êtres vivants ou d'organes prélevés sur des cadavres. Mais, quand est-ce qu'on passe de vie à trépas? Cela devenait essentiel, en fonction de cette loi de 1976. Cette loi sur les greffes d'organes n'a pas été intégrée dans le Code civil, parce qu'il y a une trop grande incertitude en fonction de l'évolution de la biologie et c'est une circulaire administrative. Le droit s'est défaussé devant la médecine. Ce sont quelques médecins qui décident et ceux-ci vont agir par circulaire. Et c'est la circulaire qui définit la mort.

Alors, je pense que même s'il y avait une sorte de pérennité, l'insertion dans le Code civil ne serait peut-être pas justifiée.

Mme Longtin :

J'ai écouté tout à l'heure le professeur Keyserlingk et j'avoue que je ne sais pas si je réagis en juriste ou en féministe, mais il me semblerait dangereux, au nom des droits d'un enfant conçu mais non encore né, de mettre peut-être la mère en tutelle. On instituerait une sorte de "quasi-curatelle" au ventre, si l'on veut, puisque l'on donnerait à quelqu'un d'autre, peut-être à un médecin, le pouvoir de dire si oui ou non la personne, la mère, lorsqu'elle porte l'enfant, a une bonne alimentation. Est-ce qu'elle fume, est-ce qu'elle boit, est-ce qu'elle prend des drogues? Je vois là un danger sérieux.

M. E. W. Keyserlingk :

Je dois admettre que moi aussi je vois les mêmes dangers. D'après moi, les seuls cas acceptables pour cette sorte de protection sont peut-être les mères qui ne peuvent pas effectivement assurer l'entretien nécessaire et c'est alors une autre personne qui fait comprendre à la mère d'accepter, par exemple, une tutelle dative ou quelque chose du genre. Je ne pense pas qu'il faut toujours voir une situation en opposition, soit la mère contre une tutelle dative. Nous voyons des cas où une mère ne peut pas entretenir le nouveau-né et j'admets qu'il y a des problèmes, mais je ne connais pas les solutions que l'on peut apporter.

Mme Longtin :

J'ai l'impression que le type de débat est un peu semblable à celui que l'on se pose lorsqu'on parle de stérilisation des malades mentaux ou des incapables, à savoir jusqu'à quel point on doit protéger ou on doit empêcher les gens d'agir. Pour moi, je vous entendais parler, et je voyais une gendarmerie médicale, la régence des médecins.

M. E. W. Keyserlingk :

J'admets tous les problèmes pratiques que cela pose, mais je pense qu'il faut aussi commencer par les principes. Et si l'on voit une situation qui manque de logique par rapport aux autres idées du Projet, il faut commencer par celle-là. Ensuite, il faut se poser les questions du genre de celles que vous avez posées.

Est-ce qu'on peut effectuer une tutelle dative pour ces cas? Peut-être faut-il répondre "non", mais je pense qu'en premier lieu, nous devons nous dire qu'il s'agit d'êtres humains et nous demander quels sont leurs droits en cette matière. Médicalement, il existe une continuité entre l'enfant conçu non encore né et l'enfant nouveau-né. Alors qu'est-ce qu'on fait? C'est une question d'abord de logique des droits et ensuite il faut passer à la question pratique.

M. F. Mechri :

Je voudrais préciser que mettre la mère sous tutelle me paraît être un procédé d'autant plus hypothétique que l'on pourrait se demander où s'arrêterait la tutelle. Parce que pourquoi ne pas mettre aussi le père en tutelle? La fumée, cela se respire, le père peut fumer, c'est la mère qui respire ; les maladies vénériennes se transmettent. Où arrêter la tutelle? Pourquoi la limiter à la mère?

M^me^ M. Rivet :

Pour terminer cette question, on pourrait peut-être penser que, dans certains cas, lorsque le médecin constate une situation de danger grave, il pourrait y avoir, par voie de législation sociale, une certaine réglementation de l'activité médicale dans la relation avec la mère, dans certaines hypothèses bien précises. À mon avis, c'est le plus loin où l'on pourrait aller, et l'introduction de ces règles dans le Code civil est une suggestion qui peut apparaître bien étonnante. Y a-t-il d'autres interventions?

M^me^ Claire l'Heureux-Dubé :

L'argument du professeur Keyserlingk m'a bien intéressée. Je pense que si l'on va à la limite de votre argument, si vous voulez que le Code civil soit beaucoup plus spécifique et inclue de façon explicite le droit de l'enfant conçu à l'entretien, aux soins prénatals, etc. il faudra envisager que l'enfant, qui sera né après ces mauvais traitements, aura quand même un recours contre sa mère pour l'avoir maltraité. Alors là, où va-t-on, dans l'intérêt de la famille? Avez-vous envisagé ces hypothèses? Quant à moi, ça me paraît absolument logique de continuer jusqu'au bout.

W. E. Keyserlingk :

Il existe déjà les actions qu'on appelle en anglais "Wrongful Life Actions" et il n'est pas impossible qu'on puisse, par extension, admettre qu'un enfant nouveau-né puisse prendre action contre sa mère. D'après moi, si l'on admet que l'on puisse porter atteinte à la santé de l'enfant et que cet enfant naisse avec une maladie grave, mentale ou physique, pourquoi ne pas prendre action contre la personne qui a causé un tel dommage? D'après moi, c'est très logique et j'accepte votre suggestion comme très possible. D'après moi, c'est seulement une extension. Pourquoi ne pourrait-on pas prendre action pour donner à l'enfant une garantie, une meilleure chance d'avoir une vie normale.

M^me^ Claire l'Heureux-Dubé :

Et la mère qui est atteinte d'une déficience génétique et qui donne naissance à un enfant, sera aussi poursuivie parce qu'elle a eu un enfant, ce qu'elle avait le droit d'avoir. Mais elle n'avait pas le droit de l'avoir de cette façon-là.

M. E. W. Keyserlingk :

Oui, cette question est souvent posée. Lorsqu'une personne sait qu'elle a une déficience génétique qu'elle peut transmettre à ses enfants et qu'elle continue d'avoir des enfants, est-ce que cela cause un dommage? D'après moi, c'est une très bonne question, car a-t-on le droit d'avoir un enfant lorsque l'on connaît cette déficience?

M^me^ Édith Deleury :

Je voudrais peut-être situer le débat sur un plan plus général et revenir à la question qui a été posée tout à l'heure sur la définition de l'incapable. Qui doit être protégé, qu'est-ce qu'on entend, aussi, par protéger? Est-ce que c'est l'intégrité, la liberté de la personne? Cela pose des difficultés de savoir si l'on peut tout intégrer dans le Code, ce qui m'apparaît difficile. Est-ce que c'est la personne qui est incapable d'exprimer sa volonté et que l'on veut protéger dans l'exercice de ses droits? C'est une autre dimension.

Mme Michèle Rivet :

L'important est qu'il ne faut jamais oublier que lorsque l'on parle d'un Code civil, on doit parler de règles d'une certaine généralité et d'une certaine abstraction. Et pour donner un exemple, on a parlé de la protection de l'enfant conçu non encore né et, dans l'exposé de madame Deleury, des règles de protection de la jeunesse dans le Code civil. Le Code civil énonce les principes que les parents doivent nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants. Quelle est la sanction de cette obligation? C'est finalement toute la Loi sur la protection de la jeunesse que l'on connaît au Québec. De la même manière, il faut toujours garder à l'esprit que le Code civil, si l'on veut véritablement que ce soit un code, et non pas une consolidation de différentes lois à tendance plus ou moins sociale, si l'on veut véritablement garder l'esprit du Code civil, on doit garder les règles fondamentales, quitte à préciser, au-delà des principes, dans des lois spéciales les modalités d'application.

Je signalais, au début, combien il était difficile de définir ce qu'était l'incapable et combien il était difficile de définir ce que l'on entendait par protection, et qu'une définition des termes pouvait s'imposer, au départ, pour arriver à la solution de nombreuses questions. Je ne pense pas que nous ayions défini les termes, que nous soyions arrivés à une définition parfaite, mais que tous ensemble, et grâce aux conférenciers que je voudrais spécialement remercier, nous avons vu certaines balises, ou certains éléments que l'on devrait glisser dans ces définitions d'incapacité et de protection. C'est dans ce sens, je pense, que notre atelier aura été fructueux, puisque nous aurons davantage poussé notre pensée et que nous aurons fait avancer ces questions.

ATELIER II : **LA FAMILLE - RELATIONS D'ORDRE PATRIMONIAL**
présidé par M^e **Julien Mackay**, notaire,
Montréal

Conférenciers : Madame **Katherine Spaht**, Baton Rouge
Monsieur **Gregor van der Burght**,
Amsterdam
Monsieur **Philippe Rémy**, Poitiers
Monsieur **Ernest Caparros**, Québec

ATELIER II

présidé par

Me Julien Mackay, notaire, Montréal

LA FAMILLE - RELATIONS D'ORDRE PATRIMONIAL

Me Julien Mackay :

Les discussions de cet atelier portent sur les relations d'ordre patrimonial à l'intérieur de la famille. Nous aurons des communications qui nous expliqueront autant l'aspect de la propriété que l'aspect de la gestion des patrimoines. C'est là qu'entrent les valeurs nécessaires à toute codification, valeurs si pluralistes à l'intérieur d'une même société et d'autant plus pluralistes que nous avons affaire à des pays différents. Nos conférenciers nous permettront de comparer les valeurs fort diverses et souvent contradictoires de chacune des sociétés concernées.

Au Québec, lors de la révision du droit de la famille par les lois de 1964, 1969 et 1980, nous avons posé la question : doit-on conserver la distinction des patrimoines ou doit-on les unifier? La gestion des patrimoines propres et des patrimoines familiaux doit-elle être laissée individuellement aux époux ou doit-il y avoir, dans l'intérêt de la famille, un consentement ou un concours requis de l'autre? Comment peut-on définir le patrimoine familial, eu égard à la diversité des personnes qui composent la société et à leur perception différente des valeurs en fonction desquelles elles vivent?

Par mon expérience personnelle de praticien, après avoir exécuté près de mille contrats de mariage et après avoir rencontré au moins autant d'autres couples dans des conférences préparatoires au mariage, je puis dire que le législateur québécois, suivant la recommandation de l'Office de révision du Code civil, a retenu comme régime légal ce qui me paraît être le désir d'une bonne majorité de couples moyens. On ne peut faire de conventions matrimoniales sans connaître la mentalité des personnes qui requièrent nos services. C'est, donc, par des questions pertinentes qu'il nous a été possible de proposer aux futurs époux le genre de montage juridique contractuel le mieux adapté à leurs besoins. À la

question : "qui devrait être propriétaire des biens acquis après le mariage et qui devrait les administrer"? La réponse était majoritairement : "chaque époux devrait conserver la propriété de ce qu'il économise et chaque époux devrait pouvoir l'administrer et en disposer, du moins à titre onéreux, sans le consentement ni le concours de l'autre."

Cependant, à une autre question : "advenant la fin du mariage par décès, séparation ou divorce, comment devraient se partager ces biens? Le mari devrait-il tout garder ou l'épouse devrait-elle tout garder? Le mari devrait-il conserver les trois-quarts des biens et l'épouse, le quart?"

La réponse était immédiate, directe, simple et logique : "la moitié à chacun". C'est longtemps avant la législation introduisant la société d'acquêts que cette réaction du public s'est faite sentir. Et je parle, ici, surtout de ceux que le professeur Rémy appelle "la famille laborieuse".

Est-il préférable de codifier ces grands principes plutôt que de les laisser évoluer selon les interprétations judiciaires, au gré des modifications dans la société? La codification a ce désavantage que les modifications y sont apportées très rarement et avec d'infinies précautions, ce qui risque de figer ces principes d'une façon assez injuste, à moins que l'éventail des possibilités offertes par le régime légal ne permette de couvrir le plus grand nombre.

Un exemple nous en est donné par la dernière législation sur le droit de la famille, la loi 89(1), entrée en vigueur le 2 avril 1981. Tous les articles concernant le régime de la communauté de meubles et acquêts, les articles 1270 à 1425i C. civ. ont été abrogés. Le législateur, constatant que des milliers de

---

1. Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

couples sont encore mariés sous ce régime et le demeureront pour des décennies, a mentionné à l'article 66 que ces époux continuent à être soumis aux dispositions des articles 1272 à 1425i C. civ. Il deviendra sans doute impératif de modifier certaines de ces dispositions au fil des changements de la société. Comment le législateur pourra-t-il modifier ou amender des articles abrogés? Heureusement qu'il a simplifié la procédure de modification du régime matrimonial et des contrats de mariage en n'exigeant plus l'homologation de ces modifications par le tribunal. Si, toutefois, on peut prétendre que les articles du Code civil régissant les époux mariés suivant le régime légal constituent l'ensemble de leur régime matrimonial et l'ensemble des conventions matrimoniales tacites, les époux devront, par contrat de mariage, faire insérer certaines dispositions abrogées de la loi pour les adapter aux circonstances particulières de leur union.

Parlons maintenant des enfants autrefois dits illégitimes, parce que nés hors mariage, alors que notre société ne reconnaissait pas l'union de fait. Comment cette union de fait devrait-elle être traitée autrement que comme une simple société civile? Où se situeront les enfants, si leur seul droit au patrimoine des parents présuppose la reconnaissance du mariage par la loi? Curieusement, le même législateur, qui se refuse à reconnaître cette union, en lui donnant sinon des droits égaux à ceux créés par le mariage, du moins similaires, reconnaît maintenant l'enfant né hors mariage, adultérin ou non, mais n'accorde pas à la concubine, mère de cet enfant, les droits d'héritage de l'épouse légitime. Le même législateur la reconnaît au niveau des régimes de pension d'État, mais lui prélève des droits successoraux comme si elle était une pure étrangère. Où est la logique ou le courage de ce législateur de reconnaître ces nouvelles valeurs? Comment interpréter le silence du législateur alors qu'il abroge l'article 768 prohibant les dons entre concubins? Je ne suis pas nécessairement d'accord avec chacune des questions, mais c'est dans le but de susciter un débat que je les ai posées.

Mesdames, Messieurs, je sais que nous avons beaucoup à discuter sur un sujet aussi vaste. Alors, j'invite madame Spaht à nous donner son point de vue.

Madame Spath est professeur de droit à la Louisiana State University depuis 1971. Elle est aussi rédactrice en chef de la Louisiana Law Review, membre du Louisiana Law Institute et membre du comité ad hoc de

l'Institut, chargé d'étudier la Loi sur la communauté de biens en Louisiane. Elle est aussi responsable du Law Institute Committee on Persons, présidente du comité consultatif responsable, conjointement avec le sous-comité législatif, de la révision de la Loi sur la communauté de biens de la Louisiane.

Mme Katherine S. Spaht :

L'ADMINISTRATION DES BIENS COMMUNS DES CONJOINTS [Traduction de l'anglais]

Au fur et à mesure que la société et l'économie évoluent, on modifie les lois régissant le pouvoir d'administration et d'aliénation des biens communs. À l'encontre d'autres régimes matrimoniaux, le régime de la communauté de biens, quelle que soit sa forme, reconnaît officiellement la contribution de chaque conjoint à l'acquisition des biens au cours du mariage. Dans la plupart de ces régimes, on est passé d'un intérêt portionnaire (héritage en espérance, gain de survie ou droit de possession) à un droit de propriété fondé, en théorie, sur la contribution égale du mari et de la femme aux fins de leur association.

Selon la doctrine, la genèse du droit moderne en matière de communauté de biens et le développement de la notion de copropriété ne relèvent pas des enseignements moraux, mais de la situation économique. En effet, les théologiens et les canonistes du Moyen-Âge ne semblaient pas percevoir le mariage chrétien comme l'association de deux partenaires, sans doute parce que les auteurs chrétiens de l'époque connaissaient surtout le régime matrimonial romain avec dot. En revanche, dans un système économique et social où les deux époux doivent travailler pour maintenir leur foyer et protéger leurs biens communs, il semble assez logique qu'ils soient perçus comme partenaires. Ainsi, chez les tribus germaniques, peuple migrateur et nomade qui menait une vie difficile et dangereuse, la femme partageait avec le mari les vicissitudes de l'existence et participait au travail quotidien dont les détails lui étaient aussi familiers. Ne possédant pas la même force physique que son mari, le femme avait la tâche d'élever les enfants et, par conséquent, jouait un rôle différent. Cependant, elle contribuait aussi à l'économie, en attendant près du champ de bataille dans le but de venir en aide à son mari ou encore de l'aider à dépouiller ses ennemis. La femme était considérée comme partenaire à part égale. Il était probablement plus facile d'acquérir ce statut à l'intérieur d'une tribu germanique dont la

structure était foncièrement démocratique et ignorait le système complexe des classes sociales.

Même une fois installées sur les territoires conquis, les tribus germaniques continuaient de vivre en communauté, malgré l'évolution politique et sociale qui rendait leur société plus complexe. La vie communautaire restait vigoureuse du fait que la masse peu nantie de la population, composée de marchands, petits fermiers et commerçants, devait continuer de travailler, jour après jour, pour survivre et nourrir les enfants. Dans cette société, il fallait que, d'une façon ou d'une autre, le mari et la femme travaillent ensemble et, de ce fait, ils formaient une unité économique ou association. La collaboration des deux époux à cette "entreprise en activité" du mariage était assurée par leur intérêt commun dans les biens acquis au cours de leur association. L'objectif économique de l'association était de voir à ce que la famille soit nourrie, vêtue et logée - objectif qui serait atteint par le travail conjoint et la réciprocité entre les époux. Parmi les objectifs sociaux et moraux, on retrouvait les soins familiaux, dont l'entretien et l'éducation des enfants nés du mariage. Ainsi fut instauré le système de la communauté de biens, perçu comme le moyen approprié d'atteindre les objectifs en question.

Même si la politique du système communautaire visait à créer un droit de possession égal en ce qui concernait les biens acquis pendant le mariage, le mari gardait un droit d'aliénation absolu sur ces biens. On reconnaissait un intérêt égal dans le bien acquis, mais aussi illogique que cela puisse paraître, on n'acceptait pas que le droit de gestion de ce même bien soit assumé à parts égales. Il y avait, en droit, une excellente raison pour que le mari fût le seul partenaire ayant le droit d'aliénation sur les biens du couple. En effet, il jouait un rôle complémentaire, celui de "chef du foyer" investi de pouvoirs patriarcaux sur la personne de son épouse et de ses enfants. Tenu de nourrir et protéger sa femme et ses enfants, le mari était nécessairement investi de l'autorité maritale. Cette même autorité avait pour conséquence la subordination de la femme et son incapacité juridique.

L'autorité maritale et le droit seigneurial sur les biens communs découlent donc de l'obligation du mari de nourrir et de protéger son épouse. Cette obligation, qui répondait à une nécessité biologique, est issue de cultures plus primitives, les mêmes qui ont su élaborer

le système de communauté de biens. En raison de sa force physique supérieure, le mari avait la responsabilité naturelle de protéger la famille. C'est aussi partiellement en raison de sa force physique qu'il s'est vu attribuer la responsabilité de fournir gîte et couvert à sa famille. Pour sa part, la femme, en raison de ses fonctions biologiques de grossesse et d'allaitement, ne pouvait pas contribuer de façon continue à nourrir ou loger la famille. Ainsi, les lois qui reconnaissaient l'obligation du mari de protéger et nourrir sa famille et lui permettaient aussi d'endosser plus aisément ses responsabilités n'étaient, en réalité, que le reflet de la nature. C'est l'organisation de la nature elle-même qui semble confirmer les énoncés voulant que la quasi-omnipotence du mari découle du droit naturel.

Même plus tard, lorsque les tribus germaniques eurent conquis de nouveaux territoires et créé une société plus complexe, le mari garda son pouvoir et son autorité maritale à titre de "gardien" de sa famille et des biens communs. Parmi les petits fermiers et les marchands, on continua de croire qu'en raison des facteurs économiques et biologiques, l'homme était, des époux, celui le plus apte et le plus expérimenté quand il s'agissait d'acquérir et de gérer les biens. En outre, pour des raisons juridiques, on considérait que l'un des partenaires devait jouir d'une capacité décisionnelle en matière de transactions mobilières. La loi, jugeant le mari mieux qualifié pour gérer les biens de la communauté, lui conféra le titre d'"agent commercial" à l'intérieur du mariage.

Déjà au XIV^{e} siècle, le mari, "seigneur et maître" de son épouse et de ses biens, avait le droit d'aliéner les biens acquis en commun sans le concours ou le consentement de sa femme. Ce droit fut cependant limité. L'aliénation des biens était autorisée dans la mesure où elle n'était pas frauduleuse et ne portait pas préjudice aux droits de l'épouse. Le mari ne pouvait aliéner par voie testamentaire que la moitié des biens communs, puisque sa mort mettait fin au régime communautaire. Selon la Coutume de Paris, le mari, dont les droits étaient ainsi limités, avait le statut d'administrateur plutôt que de propriétaire habilité à disposer de ses biens à son seul avantage. Dans son Traité de la Communauté, Pothier s'est servi de deux propositions axiomatiques pour décrire le pouvoir du mari : 1) le mari est le chef de la communauté et, par conséquent, le "seigneur" des biens appartenant à la communauté ; 2) il est habilité à aliéner les biens communs sans l'assentiment de son épouse et une telle démarche sera légale tant qu'elle ne portera pas préjudice aux intérêts de l'épouse ou des

enfants (1). Appelé à justifier ce droit étendu sur les biens communs, Pothier n'en voit pas la nécessité, le principe étant "si constant", les raisons de le mettre en doute étant "si futiles" (2).

Malgré sa devise "Liberté, Égalité, Fraternité", la Révolution française ne limitait pas l'étendue des droits du mari à l'égard de son épouse et de ses biens. Le premier Projet du Code civil de Cambacérès proposait : "Les époux (ont) et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens"(3). Cette règle, partant du principe que l'idée d'inégalité des sexes relevait d'un simple préjugé, fut écartée par Cambacérès lors de la troisième version du projet de loi. Il est intéressant de voir pourquoi il refusait la notion d'"administration partagée" des biens communs :

> "Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique. Remarquez en effet que l'administration commune serait perpétuellement entravée, et que la diversité d'opinions sur les plus petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage. Rien d'ailleurs n'empêcherait que l'administration ne fût mise exclusivement entre les mains de la femme; une pareille convention n'offrirait-elle pas une contravention à la loi naturelle, et ne ferait-elle pas supposer l'imbécillité du mari?(4)."

C'est ainsi que Brissaud, dans son Histoire du droit privé français, a fait remarquer qu'au XVIII^{e} siècle la communauté est devenue une association purement nominale : "une espèce de folle balance qui penche tantôt à droite, tantôt à gauche, sans jamais trouver son équilibre ; une institution boîteuse qui, pendant son existence, opprime l'épouse et, une fois dissoute, opprime le mari (5)." Les femmes mariées souffraient d'incapacités personnelles qui contribuaient nécessairement à leur inhabilité à administrer les biens communs. L'"oppression" dont elles étaient victimes visait donc à les protéger ainsi que leur famille. Une femme mariée, manquant d'expérience, risquait de porter préjudice aux intérêts de sa famille. Il fallait donc se prémunir contre elle en l'obligeant à obtenir, pour chacun de ses actes, l'autorisation de son époux.

Le Code Napoléon maintint le droit plénier du mari quant à l'administration des biens communs et lui réserva même le droit d'aliénier lesdits biens par contrat à titre onéreux. Selon la même logique, l'incapacité juridique de la femme était maintenue, elle aussi, en raison des droits dont son mari était investi lors du mariage. D'un "double point de vue historique", l'autorité maritale était composée du devoir de protection imposé au mari et du statut de protégée imposé à la femme. Par exemple, le Code civil français de 1804 précisait que le mari devait protéger sa femme et que la femme devait obéir à son mari. Cette dernière obligation ne figurait toutefois pas dans la version originale du Code civil : c'est Napoléon qui vit personnellement à ce qu'on l'y inscrive.

> "Les femmes doivent nous obéir. La nature a créé la femme pour qu'elle soit notre esclave! Le mari doit pouvoir dire à sa femme : "Madame vous n'irez pas à la comédie ; Madame vous ne verrez pas telle ou telle personne ; Madame vous m'appartenez corps et âme (6)."

Commentant cette histoire, Savatier déclarait:

> "À entendre ce discours passionné, on constate qu'il ne s'agit pas simplement d'une question de loi, mais d'un problème de ménage. Bonaparte pensait à Joséphine! Il s'agit ni plus ni moins du geste mesquin d'un homme qui n'arrivait pas à se faire obéir de sa femme. Et c'est pour cette raison que notre Code civil renferme l'énoncé historique : La femme doit obéissance à son mari (7)."

À la fin du XVIII^{e} siècle et au début du XIX^{e} siècle, l'autorité explicite du mari découlant des liens du mariage était très importante. L'évolution subséquente du droit a atténué l'autorité maritale en accordant de plus en plus de privilèges à la femme. Ces privilèges devaient servir de contrepoids aux pouvoirs étendus du mari. Ainsi, la loi régissant la communauté de biens permettait à la femme d'attaquer devant les tribunaux toute aliénation faite en fraude de ses droits, de renoncer à la communauté et d'obtenir une pension alimentaire. Brissaud résume ainsi ce système "de freins et de contrepoids" :

"Au lieu de viser une égalité mathématique entre les époux, ce qui aurait eu pour résultat l'exploitation du plus faible par le plus fort, on les plaçait dans une situation d'égalité par le biais d'une combinaison ingénieuse de droits différents, mais équivalents (8)."

En plus d'accorder des privilèges à l'épouse, on imposait au mari des contraintes légales telles que l'interdiction d'aliéner certains biens par donations entre vifs. Quant à savoir dans quelle mesure les privilèges accordés à la femme servaient à limiter les pouvoirs du mari, Brissaud, en 1812, émettait l'avis suivant : "Il serait difficile d'aller beaucoup plus loin dans cette direction en accroissant, comme certains l'ont demandé, les droits de la femme. Nous risquerions en effet de détruire l'équilibre atteint par un système composé uniquement d'avantages et de compensations." (9)

Dans la plupart des pays où existait un système de communauté de biens, le XIX^{e} siècle a connu une évolution graduelle vers l'égalité décisionnelle en matière de droit de la famille et de communauté de biens. L'évolution progressive dans l'administration des biens communs a été caractérisée par un accroissement des privilèges accordés à la femme et, en parallèle, par une diminution des pouvoirs du mari. L'autorité de l'époux en tant que chef du foyer et l'incapacité conséquente de l'épouse ont été l'objet de critiques qui aboutirent, au XX^{e} siècle, à l'élimination de l'incapacité personnelle juridique de la femme. L'industrialisation et une société en pleine mutation justifiaient cette suppression. Les raisons biologiques qui demandaient que le mari protège la femme et pourvoie à ses besoins (essence de la structure d'une société primitive et base de l'autorité maritale) ne revêtaient plus la même importance dans une société moderne industrialisée. Il existait d'autres motifs, de caractère historique ceux-ci. Ainsi, on citait la Bible (Corinthiens 1.11.3, 8 et 9) pour prétendre qu'il fallait qu'un foyer ait un chef et que, selon la Bible et le droit naturel, l'homme était destiné à jouer ce rôle. En droit naturel, la justification résidait dans la différence biologique entre les deux sexes, argument important dans les cultures primitives. Abstraction faite de ce dernier argument, la justification restante est celle de la nécessité d'un chef du foyer et l'attribution, par la Bible, de ce rôle au mari. Même si nous avons, au XX^{e} siècle, assisté à l'"émancipation" de la femme, le mari n'en restait pas moins, aux yeux de la loi, le chef du foyer.

Il est évident que la transformation de la société et, par conséquent, de la famille a été le résultat de l'industrialisation et de l'urbanisation dont les débuts remontent au XIX^{e} siècle. Il devenait impossible de justifier l'incapacité de la femme mariée de gérer ses biens en arguant de l'immaturité de son jugement, tributaire de sa faiblesse physique et du risque qu'elle porte préjudice à sa famille. Une fois la pierre angulaire de l'autorité maritale ébranlée par l'abrogation des lois sur l'incapacité de la femme mariée, ce qui restait de l'autorité du mari à l'égard de son épouse et de ses biens devenait l'objet d'une attention critique. De nouvelles idées sur la nature du mariage avaient vu le jour et on rejetait de plus en plus le concept patriarcal de la Bible pour adopter la notion d'égalité décisionnelle. Le modèle traditionnel de la cellule familiale, présent dans la genèse de la codification moderne, a également évolué. La législation qui se voulait le miroir d'un schéma culturel familial de base ne reflétait plus les réalités de la vie du XX^{e} siècle. Essentiellement, le concept contemporain du mariage est celui de l'association de deux personnes ayant chacune des intérêts propres et dans laquelle les deux partenaires devraient avoir le droit de définir leur rôle respectif dans le cadre d'une vie commune.

Il est probable que cette modification idéologique profonde a eu lieu surtout pour des raisons économiques. Dans une société aussi sophistiquée que notre société technologique de la deuxième moitié du XX^{e} siècle, la force physique de l'homme ne justifie plus sa "quasi-omnipotence". Les différences biologiques ne déterminent plus le rôle de chaque sexe dans l'association. La réintégration de la femme dans le monde des affaires, en général par un travail rémunéré, infirme l'argument la voulant inapte à gérer les biens communs. La technologie et son évolution rapide ont contribué à faire de l'homme et de la femme des partenaires de force égale quand il s'agit de leur contribution aux objectifs de leur association.

Les attitudes sociales sont à l'image des changements économiques et de l'évolution technologique, et c'est ainsi qu'on est venu à demander l'égalité dans l'administration des biens communs. Dans certains pays dotés de régimes de communauté de biens, les normes et les idéaux nouveaux d'égalité des époux ont été consacrés dans la législation générale avant même que l'on n'adopte des lois traitant spécifiquement de l'administration des biens communs.Ainsi, dans les États américains où le régime de la communauté de biens était déjà en vigueur, on a tenu compte des garanties constitutionnelles d'égalité des sexes quand on a remis en question le droit du mari

d'administrer les biens communs. De nombreux chercheurs, juristes, hommes de loi et simples citoyens à travers le monde se sont intéressés au problème de la justification de l'autorité du mari et de l'opportunité du maintien de son pouvoir. Cette remise en question était influencée aussi par une nouvelle idéologie prônant la tolérance à l'égard d'un comportement pluraliste au sein de la société. Ce pluralisme qui se manifestait au sein même de la famille avait fort probablement comme source l'opulence accrue qui dispensait les membres de la famille de se préoccuper uniquement des problèmes de survie et leur permettait de chercher leur épanouissement personnel en dehors du noyau familial. Comme le fait remarquer le professeur Mary-Ann Glendon (10):

> "Thus, to the extent that diversity of ideology is increasingly recognized the attempt to impose a simple ideal of marriage becomes more and more futile."
>
> "Ainsi, dans la mesure où l'on reconnaît des idéologies de plus en plus diverses, il devient d'autant plus vain de tenter d'imposer au mariage un seul et unique idéal." [Traduction]

Il a fallu trouver l'équilibre entre, d'une part, la notion de liberté personnelle de chaque époux et l'égalité des sexes et, d'autre part, les objectifs d'ordre social tels que l'éducation des futurs citoyens et la promotion de la stabilité familiale. Il est clair que la dynamique de la réforme des lois reflétait l'évolution déjà bien amorcée de la société.

Il est intéressant de constater, toutefois, que même si les objectifs d'égalité des sexes et de souplesse accrue dans l'attribution des rôles économiques étaient semblables, les solutions variaient selon le pays où le régime de communauté de biens existait.

Par exemple, en matière d'administration des biens communs, le Projet de Code civil du Québec renferme des dispositions dont l'approche, en matière d'égalité, diffère de celle adoptée par la Louisiane et par au moins cinq autres États américains où existe un régime de communauté de biens. Le Québec offre, comme solution au désir d'égalité décisionnelle, le pouvoir exclusif pour chaque époux d'administrer ses acquêts. L'article 93 du Livre II

du Projet de Code civil québécois* propose ce que certains appellent un plan d'administration "à fonds double". On y crée deux "fonds" d'acquêts distincts, chacun d'eux étant soumis à la disposition exclusive de l'époux acquéreur. Mais il y a une exception à ce principe général du droit de disposition. Chaque époux ne peut, sans le consentement de l'autre, disposer de ses acquêts entre vifs à titre gratuit (exception faite de sommes modiques et de cadeaux d'usage). Lors de la dissolution du régime, un époux peut faire valoir son droit de propriété sur les acquêts de son conjoint, lesquels acquêts feront l'objet de deux parts égales. Toutefois, afin de protéger un époux contre la mauvaise administration ou la dilapidation des acquêts par son conjoint, il lui est permis de renoncer au partage "nonobstant toute stipulation contraire, même par conventions matrimoniales".

On accorde la liberté de choix en ce qui concerne le rôle économique de chaque époux en leur permettant de le stipuler par convention matrimoniale, avant la célébration du mariage, et même pendant le mariage, à condition qu'elle soit homologuée par le tribunal**. Un autre exemple de souplesse du régime consiste en la possibilité d'attribuer le rôle d'administrateur à l'un ou à l'autre des époux et de déterminer ainsi lequel des deux aura pour tâche d'administrer le régime conventionnel de meubles et acquêts. Si les époux s'entendent sur le choix de l'un d'eux comme administrateur, l'époux désigné administrera seul les biens communs. À défaut de stipulation expresse, le mari deviendra automatiquement administrateur des biens. Comme l'expliquent les commentaires relatifs au Projet de Code civil, il est préférable de choisir un administrateur parce que "l'administration conjointe semble peu adaptée aux besoins de la vie courante"(11). Même si, il faut l'avouer, "cette solution ne donne pas aux deux époux un rôle identique, néanmoins, elle paraît la plus équitable pour un régime qui n'est que conventionnel et que les époux peuvent adapter à leur convenance..."(12).

Le législateur louisianais, pour sa part, a opté pour un système "à fonds unique" dont la principale caractéristique est le droit du mari ou de la femme d'aliéner, de grever ou de louer les biens communs. La

---

* Note : cet article correspond aux articles 493 et 494 al. 1er du Code civil du Québec.

** Note : l'homologation est aujourd'hui abolie.

Louisiane a préféré ce système à celui du "fonds double", surtout pour protéger les femmes sans travail rémunérateur. Si les régimes de communauté de biens insistent sur le principe fondamental du droit de propriété dans le but de protéger les femmes mariées qui se consacrent à leur mari, à leurs enfants et à leur foyer, le système d'administration "à fonds unique" veille à ce que les femmes qui, "ne travaillent pas" puissent administrer les biens communs. Pourtant, même en Louisiane et dans les autres États dotés de régimes "à fonds unique", on trouve des exceptions au système d'administration "par l'un ou l'autre des époux". La Louisiane fait état de cinq situations où l'enjeu est trop important pour que soit compromis le bien-être de la famille par une décision unilatérale. Ainsi, il faut une décision conjointe pour pouvoir aliéner, grever ou louer 1) les biens immobiliers; 2) une entreprise ou tous ses biens ; 3) les meubles meublants de la maison familiale.

Afin de faciliter la bonne marche du commerce, on fait une autre exception au concept "d'administration conjointe", celle de l'administration exclusive par l'un des époux. Plutôt que d'accorder l'administration exclusive en fonction du sexe du partenaire, le législateur louisianais a retenu l'administrateur d'une entreprise commune ou l'associé dont l'intérêt réside dans les biens communs et le propriétaire d'effets mobiliers émis ou enregistrés selon la loi.

Le système louisianais permet aux époux de négocier sans formalités leur rôle respectif en matière d'administration des biens communs. Par convention matrimoniale, les époux peuvent, avant le mariage, modifier les dispositions du régime légal relatives à l'administration des biens communs ou, avec l'approbation du tribunal, pendant leur mariage. Une exception, cependant, vise à protéger les tiers en empêchant les époux de "limiter, en ce qui concerne les tiers, le droit de l'un d'eux, acquis en vertu du régime matrimonial, d'imposer à la communauté une obligation ou d'aliéner, grever ou louer les biens communs". L'un ou l'autre époux peut renoncer unilatéralement à son droit d'intervenir dans l'aliénation, le nantissement ou la location de biens immobiliers ou d'une entreprise de la communauté. En outre, depuis 1980, mari et femme ont le droit de contracter ensemble.

Au fur et à mesure que le Québec et la Louisiane tentent d'atteindre les objectifs d'égalité sexuelle et du droit à l'épanouissement individuel, ils adoptent une législation qui voit "le mariage contemporain

d'une part comme une association fondée sur la coopération et des intérêts communs et, d'autre part comme un facteur d'épanouissement personnel complet" (13). Le professeur Mary-Ann Glendon perçoit une tension constante entre ces deux notions (14). Chez certains couples, les manifestations d'autonomie individuelle peuvent nuire à la communauté matrimoniale. La liberté de choix offerte par les lois en matière d'administration des biens communs peut accroître les risques de dilapidation. Étant donné que les biens communs doivent d'abord servir à satisfaire aux besoins de la famille, le législateur québécois a décidé que les intérêts de celle-ci seraient mieux servis par un système "à fonds double". Il y aurait ainsi moins de risques qu'un seul époux, soucieux de son propre épanouissement, dilapide les biens communs. En Louisiane, où l'on a adopté le régime "à fonds unique", le législateur a pris le risque de voir l'époux égoïste abuser de ses pouvoirs, en octroyant un droit d'administration accru et la liberté de choix à chacun des époux. Ces mesures n'ont pas pour autant réduit la tension entre la promotion de la stabilité familiale et la liberté individuelle. Au Québec et en Louisiane, cette législation a été adoptée après étude de cette situation conflictuelle et après avoir pesé le pour et le contre des intérêts en jeu. Il s'agit d'une législation nouvelle et il est encore trop tôt pour pouvoir déterminer laquelle des deux formes de régime matrimonial est la meilleure.

De plus, les facteurs sociaux et économiques qui ont amené des changements importants aux lois relatives à la gestion des biens communs continueront de varier à un rythme de plus en plus rapide. Il est possible, selon le professeur Glendon, que la liberté individuelle et la tolérance du pluralisme ne soient que les manifestations d'une société bien nantie (15). Quand les individus devront s'adapter à un monde dont les ressources diminuent constamment alors que la populaion ne cesse de s'accroître, il faudra développer de nouveaux modèles familiaux qui permettront aux gens de vivre ensemble harmonieusement. Alors, la loi aura encore à reconnaître officiellement de nouveaux modèles et elle devra trouver un moyen de concilier les intérêts conflictuels, comme elle l'a si souvent fait par le passé.

NOTES :

1. Pothier, Les Traités du Droit Français, De la Communauté, (1835) VI, 296 (1835).
2. Id, à la p. 297.
3. P.A. Fenet, Recueil Complet des Travaux préparatoires du Code civil, (1836), 156 .
4. Id, p. 20.
5. J. Brissaud, A History of French Private Law 1912 814, traduction en anglais par Rapelje Howell, Boston, Little, Brown and Co., 1912.
6. M. A. Glendon, State Law and Family, (1977) 182.
7. Id.
8. J. Brissaud, supra, note 5, à la p. 815.
9. Id.
10. M.A. Glendon, supra, note 6, à la p. 127.
11. Rapport sur le Code civil du Québec, Éd. off. du Québec, 1978, Vol II.
12. Id., à la p. 116.
13. M.A. Glendon, supra, note 6, à la p. 128.
14. Id.
15. Id., à la p. 327.

Me Julien Mackay :

Je voudrais maintenant vous présenter le professeur van der Burght. Né en 1941, il a fait ses études de droit à l'Université d'Amsterdam, où il a obtenu son diplôme en 1969. Il a obtenu son doctorat en droit et a présenté une thèse sur le régime légal de la communauté de biens, régime que l'on peut choisir par contrat de mariage pour s'entendre sur la répartition des biens acquis durant le mariage autrement que par donation ou par héritage, en comparaison du régime de participation aux acquêts. Il a exercé la profession de notaire et, depuis 1980, il est professeur de droit à l'Université d'Amsterdam. Il a aussi publié des articles et des ouvrages concernant le droit des régimes matrimoniaux dans le mariage, des articles sur les droits successoraux et sur le droit des successions. Je vous présente donc le professeur van der Burght.

M. G. van der Burght [Traduction de l'anglais]

1. HISTORIQUE

L'examen du développement de la législation relative aux régimes matrimoniaux conduit à constater que le mouvement d'émancipation de la femme a largement contribué à ce développement. Tant que le mari est le gardien de sa femme et tant que celle-ci se voit dénier toute capacité juridique, le contenu du droit des régimes matrimoniaux peut être très simple. Le mari est la seule personne capable de représenter le couple ; il est le seul à avoir la capacité de contracter et d'aliéner ses biens et ceux de sa femme. Il est le seul à pouvoir acquérir des biens et ainsi de suite.

Dans le Royaume-Uni, le point de départ le plus remarquable de ce que l'on peut appeler le mouvement de "libération de la femme" avant la lettre, est constitué par le Married Women's Property Act, 1882. Historiquement, cette loi est la plus importante de toute la série*. Elle énonce :

> "A married woman shall [...] be capable of acquiring, holding, and disposing by will or otherwise, of any

---

* 45 et 46 Vict., c. 75, s.l.

> real or personal property as her separate property, in the same manner as if she were a feme sole, without the intervention of any trustee."
>
> "Une femme mariée sera [...] capable d'acquérir, de posséder tout bien réel ou personnel à titre de bien propre, et d'en disposer par testament ou autrement, de la même manière que si elle était feme sole, sans aucune intervention d'un fiduciaire." [Traduction]

Dans les années vingt, un renouveau législatif se produit dans les pays scandinaves. Le droit des régimes matrimoniaux figurait au nombre des matières à l'étude. Une commission formée de représentants de la Suède, de la Norvège et du Danemark établit un projet de loi sur un nouveau régime matrimonial pour chacun des pays membres. Tous les projets de loi furent votés dans l'espace de dix ans. Dans les décennies suivantes, ces lois ont servi de modèle aux législateurs d'autres pays, comme l'Allemagne (Zugewinngemeinschaft), les Pays-Bas (Wettelijk deelgenootschap), la France (régime de participation aux acquêts) et aussi le Québec (société d'acquêts).

2. L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

Dans l'hypothèse où le droit édicte que la femme mariée est incapable de disposer de ses biens, le mari est le seul qui puisse réaliser un profit. Dans un tel cas, un système communautaire est à conseiller parce que, de cette façon, la femme est en mesure de participer aux profits réalisés par son mari. D'autre part, ce régime demeure dangereux pour elle parce que la mauvaise administration du mari peut conduire à la perte des biens des deux époux.

3. LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

Dans l'hypothèse où le droit proclame l'égalité des époux, il faut résoudre quelques problèmes assez compliqués.

a) En régime communautaire, la question se pose de savoir à qui incombe l'administration des biens. Doit-il y avoir un ou deux maîtres à bord?

b) On échappe à ce problème dans un régime de séparation de biens. Cependant ce système présente le grand désavantage pour l'époux qui reste au foyer - le plus souvent la femme - d'être dans l'incapacité de prendre part à la vie économique et de réaliser des bénéfices. En d'autres termes, elle devra manger son capital. Avec ce régime - nonobstant l'égalité des conjoints - le mari conserve l'avantage que sa femme s'avérera être la ménagère la plus économique qu'un homme puisse souhaiter!

4.1. HISTORIQUE (suite)

Au cours des quatre-vingts dernières années, ce n'est pas seulement l'évolution des rapports entre le mari et la femme qui a eu une influence sur la situation du premier. Le législateur a également édicté des règles destinées à protéger la cellule familiale contre certains actes accomplis par le mari seul (et aujourd'hui accomplis par un seul des deux conjoints), qui sont censés comporter le danger de porter atteinte au bien-être de la famille. Ainsi, le mari n'est plus autorisé à vendre la résidence familiale sans le consentement de sa femme.

4.2. LES OBLIGATIONS DU LÉGISLATEUR

Pour ce qui est de la législation relative aux régimes matrimoniaux, on peut affirmer que cette branche de la législation relève d'abord et avant tout du droit patrimonial. En conséquence, il faut éviter de confondre les règles de morale et celles qui relèvent des biens ou du patrimoine. Il appartient au législateur de créer l'espace patrimonial dont les époux ont besoin pour développer leurs relations propres qui, elles, ont une nature morale. Cette règle s'applique, en particulier, au droit des régimes matrimoniaux au sens étroit. Il y a cependant une influence évidente plus directe des règles de la morale quand on considère les dispositions relatives aux relations entre la femme et le mari, la protection de l'un contre l'autre et celle de la famille. Par exemple, on peut citer la règle selon laquelle les conjoints se doivent assistance et secours mutuels, doivent habiter ensemble ou doivent contribuer aux dépenses du ménage. La portée morale de ces règles est suffisamment claire.

Pour ce qui est du droit des régimes matrimoniaux au sens étroit, il appartient au législateur d'édicter un régime des biens qui soit à la portée de tous les couples et pas seulement des quelques couples ayant, du fait de leur catégorie professionnelle, des connaissances

suffisantes pour comprendre des règles complexes. Le législateur a manqué à son but quand il devient évident que le régime qu'il préconise n'est pas appliqué en conformité avec ses intentions. On en a un exemple avec la loi qui édicte la société d'acquêts. Pourtant les époux ne tiennent pas de livres. On peut supposer que cela implique une communauté de facto. Quand cette situation est le principal résultat du régime légal, on doit convenir que ce régime est un échec. Le législateur devrait soit tenir compte de la situation de fait, soit créer un autre régime qui fonctionne.

5.1. LE DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SENS LARGE, EN HOLLANDE

A cours des années vingt, un débat s'instaura aux Pays-Bas sur le point de savoir quel était le régime matrimonial le plus adéquat. La raison en était que les femmes étaient alors en lutte pour obtenir l'égalité des sexes et pour obtenir le même statut juridique que l'homme et le mari. Il ne faut pas oublier que les femmes venaient alors tout juste d'obtenir le droit de suffrage.

L'un des projets discutés comportait un régime qui ne devint projet de loi et ne fut adopté qu'en 1957.

5.2. Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux se trouvent dans un Livre premier, chapitres 6, 7 et 8 du Code civil hollandais. Ce Livre est l'un des deux livres du nouveau Code civil qui sont entrés en vigueur.Le Livre permier l'est depuis 1970.

6. LE RÉGIME PRIMAIRE

Le chapitre 6 contient des dispositions relatives aux effets du mariage. Ces dispositions sont, en partie, d'ordre public. Elles constituent un régime primaire qui s'applique à tous les gens mariés. Le chapitre ci-dessus mentionné contient presque les mêmes règles que le chapitre 6 du Livre deuxième du Code civil du Québec. Ces dispositions régissent, entre autres choses, le choix de la résidence familiale, la contribution aux dépenses du ménage, une responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers pour les dettes courantes du ménage et la protection de la famille contre certains actes de l'un des conjoints (voir ci-dessus). Par exemple, aucun époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, passer un contrat avec des tiers, en vertu duquel le premier disposerait de la résidence familiale ou de la maison utilisée

par la famille pendant les vacances ou - dans le cas de conjoints séparés - aliénerait la résidence du conjoint qui n'est pas partie à l'acte. La même règle s'applique aux contrats relatifs à l'aliénation des meubles utilisés dans l'une des résidences mentionnées ci-dessus. Les contrats grevant ces biens de droits réels ou les actes juridiques destinés à mettre fin à leur utilisation, qui seraient réalisés sans le consentement de l'autre conjoint, peuvent être annulés par ce dernier.

Il faut noter, cependant, qu'il n'y a pas de dispositions spéciales, telles que les articles 452 et 453 du Code civil du Québec, pour les immeubles comportant plusieurs logements, outre la résidence familiale. On ne prend pas en considération le point de savoir si le conjoint qui agit est seul propriétaire ou est copropriétaire du bien concerné. Cependant, aucun acte ne peut être annulé si l'autre partie contractante a agi de bonne foi, sauf s'il s'agit d'un acte à titre gratuit. De plus, sous peine de nullité absolue, les achats à crédit d'objets destinés manifestement à l'usage de la famille ne peuvent être faits que par les conjoints agissant ensemble. Les conjoints sont tous deux solidairement responsables des dettes nées de tels contrats. Lorsque le consentement d'un conjoint ne peut pas être obtenu pour une raison quelconque ou que le refus du conjoint n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, l'autre conjoint peut passer l'acte juridique avec l'autorisation du juge (comparer avec l'article 476 du Code civil du Québec). On trouve une disposition dans ce chapitre, telle que : chaque conjoint peut donner à l'autre mandat de le représenter sans aucun accord formel, par exemple pour administrer un bien propre ou un bien de la communauté. On trouve les mêmes règles dans l'article 475 du Code civil du Québec.

7.1 LE DROIT DES RÉGIMES MATRIMONIAUX AU SENS ÉTROIT

Les chapitres 7 et 8 sont relatifs au droit des régimes matrimoniaux au sens étroit.

a) Le chapitre 7 contient des règles sur le régime matrimonial légal. Au Québec, tous les époux sont soumis au régime de la société d'acquêts, à moins qu'avant la célébration du mariage ou au cours du mariage, ils aient conclu des accords particuliers par contrat de mariage (voir article 464). Dans ce cas, en Hollande, les époux sont soumis au régime communautaire (communauté de biens).

b) Le chapitre 8 contient d'abord des dispositions d'ordre formel sur la façon dont on peut conclure un contrat de mariage et, en second lieu, - à titre d'exemple - la réglementation de trois régimes matrimoniaux types.

7.2.1 LA COMMUNAUTÉ DE BIENS

En ce qui concerne ce régime légal, il est bon de faire les remarques suivantes. Tout d'abord, les règles relatives à ce régime sont applicables à toutes les autres communautés de biens - par exemple la communauté de meubles, de meubles meublants, d'acquêts, etc - découlant de n'importe quel régime matrimoninal.

7.2.2

En vertu du régime légal, tous les biens dont le mari et la femme sont propriétaires lors de l'entrée en vigueur du régime, ou tous les biens acquis par l'un d'eux pendant la durée de ce régime, deviennent des biens communs par le seul effet de la célébration du mariage.

Cette communauté a des caractères très particuliers. Chacun des époux est pleinement et entièrement propriétaire de tous les biens de la communauté, compte tenu des droits égaux de l'autre époux. Cependant, certains biens dont le caractère personnel est très marqué demeurent des biens propres. Il en est ainsi du droit aux aliments ; mais les avantages en espèces sont communs. De plus, un testateur ou un donateur peut disposer que le bien dévolu à un conjoint lui restera propre. De plus, tout créancier poursuivant en paiement d'une dette contractée par l'un des époux peut obtenir l'exécution contre les biens de la communauté. En fait, cela n'a rien de spécial, car tout débiteur garantit le paiement de ses dettes sur l'ensemble de ses biens. La communauté en fait partie. Pour que ce soit bien clair, seul l'époux contractant est débiteur. Cela signifie qu'en cas d'inexécution, son créancier n'est pas autorisé à vendre les biens propres de l'autre conjoint.

7.2.3

Il faut ensuite se demander comment le législateur hollandais a résolu le problème de l'administration de la communauté : c'est le dilemme des deux maîtres à bord.

À ce propos, il convient de rappeler qu'aux Pays-Bas, c'est en 1957 que la femme mariée a acquis la pleine capacité juridique. Avant cette date, elle était en général traitée comme un mineur, sous la tutelle de son mari.

Il est évident que la situation en vertu de laquelle les deux époux sont capables d'exécuter des actes juridiques concernant les mêmes biens et les mêmes propriétés est impraticable, aussi bien pour les conjoints que pour les tiers. En d'autres termes, en donnant à la femme mariée la pleine capacité juridique et en conservant comme régime légal la "communauté universelle", le législateur pose la quadrature du cercle! La solution du législateur hollandais est la suivante. Le droit distingue entre la position du conjoint en tant que propriétaire du bien commun (le droit réel de propriété) et le pouvoir du conjoint en tant qu'administrateur du bien.

Le pouvoir d'administrer signifie, dans le droit hollandais des régimes matrimoniaux, le pouvoir de contracter en ce qui concerne les biens, de les aliéner ou de les grever de droits réels. La loi dispose que, seul, le conjoint au profit de qui le bien concerné a été acquis a le pouvoir d'accomplir les actes juridiques relatifs à ce bien. En décidant ainsi, le législateur a conservé le principe du régime communautaire comme un régime de copropriété et a assuré l'égalité des conjoints en divisant le pouvoir d'administration. En d'autres termes, il y a maintenant deux maîtres à bord de deux navires séparés au point de vue de l'administration. Les conjoints sont à la barre d'un catamaran!

7.2.4.

L'époux de l'administrateur de n'importe quel bien est, d'une façon très spéciale, hors d'état de l'administrer. Il en est ainsi parce que l'une des règles fondamentales du régime juridique hollandais est la liberté de contracter. Quiconque peut donner son accord à n'importe quoi. Par conséquent, on peut vendre la maison de son voisin ; le vendeur manquera à ses engagements s'il n'est pas en mesure de transférer la chose au jour convenu ; il n'y a cependant aucun doute sur la validité du contrat indiqué. Cependant, un conjoint - il convient de se rappeler qu'il est propriétaire absolu - ne peut pas conclure un contrat concernant un bien administré par son époux. Ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte juridique de son époux qui n'a pas la capacité pour agir. Cette règle comporte une large dérogation au principe de

la liberté de contracter. Il en résulte que l'époux de l'administrateur a moins de droits que n'importe quel autre tiers. Notre collègue, le professeur Kleyn, résume la situation juridique du conjoint en question dans les termes suivants : Quod licet non domino non licet condomino!

7.2.5.

Ce qui précède constitue la règle principale relative à l'administration des biens communs. Cependant, le droit impose des restrictions à l'époux administrateur en ce qui concerne son pouvoir de demander la nullité des actes de son conjoint. Les actes ordinaires de gestion courante ne sont jamais annulables. Les autres actes faits à titre onéreux ne peuvent être annulés que dans le cas où le tiers n'a pas agi de bonne foi, c'est-à-dire s'il savait ou aurait dû savoir que l'époux qui agissait n'avait pas le pouvoir de le faire.

En fin de compte, l'époux administrateur doit manifester sa volonté de faire annuler l'acte, lorsque le tiers en fait la demande et au moins dans l'année qui suit le moment où il a eu connaissance de la violation de ses droits.

Par conséquent, il semble qu'il soit possible de remplacer le dogme constitué par la principale règle d'administration des biens communs de la façon suivante : chacun des conjoints a le pouvoir d'administrer tous les biens communs, à moins que l'époux qui agit ne les aliène à titre gratuit ou agisse autrement que dans la gestion courante et que le tiers ne soit pas de bonne foi et que, d'autre part, le bien en question ne fasse pas partie des biens dont il est administrateur pendant le mariage ni qu'il ait été acquis par lui pendant la durée du régime, auxquels cas l'autre conjoint a le droit de demander la nullité de l'acte.

7.2.6.

En pratique, il y a peu de difficultés : le tiers est presque toujours de bonne foi et l'expression acte ordinaire de gestion courante est assez vague! Le résultat de l'absence de nullité est, cependant, assez notable. La loi présume que les deux conjoints ont agi ensemble! Cela implique que l'époux administrateur, dont les droits ont été violés, est également partie au contrat. Cela signifie que le tiers - le créancier - a le

droit d'intenter une poursuite en paiement des dettes nées de l'acte de l'époux n'ayant pas qualité pour agir et de procéder à l'exécution non seulement sur les biens communs et sur les biens propres de l'époux qui a agi, mais également sur les biens propres de l'époux compétent dont les droits ont été violés!

7.2.7

Cependant, les conjoints peuvent prendre, par contrat de mariage, d'autres dispositions pour l'administration de leurs biens. Ils peuvent convenir que les actes accomplis par l'un engageront l'autre. Ou bien les actes d'administration ne sont valables que s'ils ont été accomplis par les deux époux ensemble. Finalement, un conjoint peut transférer à l'autre son pouvoir d'administration relatif à un ou plusieurs biens (ou catégories de biens) ou à tous ses biens communs.

7.2.8

Ce qui précède est un aperçu du régime en ce qui concerne les tiers. Disons quelques mots de son aspect interne. L'époux concerné doit récompenser la communauté s'il a utilisé des biens communs au bénéfice d'un bien propre. D'autre part, la communauté doit récompenser le conjoint lorsqu'elle a tiré un profit d'un bien propre de cet époux.

7.2.9

La communauté est dissoute par la dissolution du mariage, par le jugement prononçant la séparation de corps ou la séparation de biens et, enfin, en vertu d'une modification conventionnelle du régime établi par contrat de mariage. La dissolution a pour effet, qu'outre ses propres dettes, chaque époux peut être poursuivi pour la moitié des dettes dont la communauté est redevable, qui sont attribuables à son conjoint et pour lesquelles il n'était pas responsable au cours du régime. Chaque époux débiteur reste seul responsable des dettes concernant ses biens propres. Dans leurs rapports réciproques, les conjoints contribuent seulement à la moitié des dettes communes. Un époux qui a payé plus que sa part des dettes a un recours contre son conjoint.

7.2.10

Enfin, les deux conjoints ont la possibilité de renoncer à la communauté lors de sa dissolution, en faisant une déclaration au bureau d'enregistrement. La renonciation par un époux le libère de sa responsabilité de la moitié des dettes imputables à son conjoint. Ce dernier devient le seul propriétaire de tous les biens communs. (La même règle s'applique aux héritiers des conjoints).

7.2.11

Dans le partage, tous les biens communs doivent être divisés entre les époux sans tenir compte de l'origine des différents biens, sauf en ce qui concerne les vêtements propres à chacun, les bijoux, les instruments de travail et les documents de famille. Selon une jurisprudence constante de la Cour suprême, les relations entre les époux sont soumises aux principes de l'équité et de la bonne foi. Le partage doit être fait en accord avec ces principes.

7.3.1. LES CONTRATS DE MARIAGE

La communauté de biens a pour avantage que les deux époux ont leur part des bénéfices réalisés par l'autre. Par contre, chacun d'eux prend également part aux pertes. Ce risque est assez élevé et l'est même trop pour le conjoint qui reste à la maison sans exercer d'activité d'ordre économique. Dans la rédaction des contrats de mariage, les conjoints essayent d'obtenir l'avantage ci-dessus et d'éviter le risque mentionné.

Les dispositions relatives aux contrats de mariage se trouvent dans le chapitre 8. Les époux peuvent, par contrat de mariage, choisir n'importe lequel des régimes matrimoniaux qu'ils désirent. Toutes les stipulations sont permises aussi longtemps - tout comme le prévoit l'article 463 du Code civil du Québec - qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions impératives de la loi, à l'ordre public et aux bonnes moeurs.

Le contrat doit être notarié (comparer avec l'article 472 du Code civil du Québec) avant le mariage ou, au cours du mariage, être notarié et soumis à

l'homologation du tribunal de district. Le contrat de mariage n'a d'effet vis-à-vis des tiers qu'à partir du moment de son enregistrement dans le registre des régimes matrimoniaux du tribunal de district. À ce propos, mis à part les notaires et les avocats, presque personne ne consulte le registre en question.

7.3.2. EXEMPLES

La loi donne, dans ce chapitre, trois exemples de régimes matrimoniaux conventionnels. Ce sont :

a) La communauté d'acquêts

Les acquêts réalisés au cours du régime sont des biens communs. Ne sont propres que les biens dont un époux est propriétaire avant le mariage, ceux qu'il acquiert pendant la durée du régime par donation ou héritage, et les biens acquis en remplacement des biens en question. Tout bien est présumé commun à moins que l'on prouve qu'il a été acquis en remplacement d'un bien propre ; c'est seulement dans ce cas qu'il sera propre. Ainsi, à la différence de ce que stipule l'article 483 du Code civil du Québec, il ne suffit pas que la valeur des propres employés soit supérieure à la moitié du coût total d'acquisition du bien acquis en remplacement.

À ce propos, cette règle est conforme aux dispositions concernant les modes d'acquisition autres que la transmission (sauf le cas de récompense), par exemple le bien acquis à titre d'accessoire.

De plus, les règles relatives à la communauté de biens sont applicables avec l'exception suivante : si au moment de la dissolution, le solde de la communauté d'acquêts est déficitaire, seul l'époux, dont les dettes sont la cause de ce déficit, doit récompense.

b) La communauté d'acquêts et de dettes

Cette communauté porte sur tous les acquêts réalisés pendant la durée du régime et elle répond des dettes. Les deux époux "partagent" les dettes et doivent participer aux pertes. En fin de compte, les biens sont

présumés communs (comparer avec l'article 491 du Code civil du Québec).

c) Société d'acquêts avec récompense en argent

Ce régime est nouveau et a force de loi depuis 1970. Selon les règles de ce régime, il n'y a que des biens propres ; il n'y a aucune communauté entre les époux. Au début du régime, chaque conjoint doit dresser un bilan complet et une estimation de tous les biens qu'il possède et toutes les dettes qu'il doit : c'est la masse initiale. À la fin du régime, chaque conjoint a la même obligation : c'est le capital final.

Les acquisitions par donation et héritage, en cours de régime, sont ajoutées au capital initial. À la fin du régime, chaque conjoint doit comparer les soultes des deux masses. Il y a lieu à récompense en argent de façon à ce que, après cette récompense, le patrimoine de chacun des conjoints indique un gain du même montant. Lorsque la comparaison concernant la masse d'un époux révèle une perte, l'autre époux n'est pas tenu à récompense au-delà du bénéfice que sa propre comparaison indique.

Ce régime est assez impopulaire pour différentes raisons. D'abord c'est un régime nominaliste, injuste du fait de l'inflation. En second lieu, il oblige à tenir des livres. Chaque conjoint a souvent trois catégories de biens : a) une masse initiale, comprenant des donations et des héritages ; b) "un bien rigoureusement propre", aux termes d'un contrat de mariage ou des dispositions d'un testament ou d'une donation : ces biens ne relèvent ni du capital initial, ni du capital final ; et c) les biens restants. Et, en troisième lieu, on peut perdre tout le bénéfice réalisé au cas où la comparaison faite par l'époux révèle une perte.

7.3.3.

La remarque suivante est applicable aux deux premiers régimes mentionnés. Le fait que tout bien soit présumé commun, à moins qu'on soit en mesure de prouver le contraire d'une façon très précise, joint à la nécessité de tenir des livres, qui est caractéristique de tous les régimes de biens partiellement propres, ont contribué à l'impopularité croissante de ces régimes. En pratique, il semble que seul un très petit nombre, presque négligeable, de gens mariés tiennent des livres. Cela signifie que,

puisqu'on ne peut pas répondre aux questions relatives à la propriété, aux "reprises", à la compensation, etc., il existe souvent une communauté de biens de facto.

À ce propos, en lisant les articles du Code civil du Québec relatifs à la société d'acquêts, on se demande comment ce régime fonctionne en pratique. Est-ce qu'il y a beaucoup de gens qui tiennent des livres au Québec?

7.3.4.

De nos jours, cependant, un nouveau régime est devenu en vogue : celui que l'on appelle le nouveau régime d'Amsterdam. Ce régime comporte une séparation de biens (et souvent une communauté de biens meubles) et l'obligation pour chaque époux de partager une partie de son revenu avec l'autre. À la fin de chaque année, ils doivent partager le solde de leurs revenus séparés, après déduction des frais du ménage et d'éducation de l'année.

En choisissant ce régime, les conjoints ont la possibilité d'éviter les risques des régimes communautaires et de prendre part à l'accroissement de richesse de l'autre époux.

7.4 IDÉES "NOUVELLES"

À la fin de cette partie de l'exposé, il semble à propos de faire quelques observations sur quelques idées plus ou moins nouvelles relatives au droit des régimes matrimoniaux aux Pays-Bas.

Tout d'abord, plusieurs auteurs connus sont d'avis que le conjoint qui tient l'intérieur a le droit de recevoir un paiement pour son travail ; ce paiement peut ne pas se faire en argent mais, par exemple, en parts de propriété sur les biens du conjoint "qui gagne" ou de la communauté. De toute façon, comme l'énonce l'article 445 du Code civil du Québec, l'activité au foyer devrait être reconnue comme une contribution aux charges du ménage. On rattache à cette idée l'opinion selon laquelle, indépendamment de la question de savoir sous quel régime les conjoints sont mariés, le domicile conjugal est - d'une certaine façon - un bien commun. Il ne devrait pas être possible, en cas de divorce, que l'époux propriétaire - formel - ait le droit d'en disposer librement. Le juge

devrait avoir le pouvoir d'attribuer le droit de propriété ou le droit d'habitation à l'un ou l'autre des conjoints, bien entendu aux conditions qui seraient fixées par lui. À la lecture du Code civil du Québec, on voit que ces idées et ces souhaits ont force de loi aux articles 457 et suivants.

Enfin, et là on aborde le droit successoral, voilà ce qu'on peut dire. Selon l'article 81 du Livre premier du Code hollandais, les conjoints se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Quelques auteurs se sont fondés sur cette disposition pour émettre l'opinion que chaque conjoint a l'obligation juridique - par conséquent à prendre sur sa succession - de pourvoir aux besoins de l'époux qui lui survit..

8.1 LES UNIONS DE FAIT

Au cours des dix dernières années, le nombre de ce que l'on appelle les unions de fait est allé en s'accroissant. Cependant, tous les couples non mariés n'ont pas la même intention lorsqu'ils commencent leur union. Certains utilisent l'union de fait à titre d'essai avant de se marier. D'autres n'ont pas l'intention de se marier pour des raisons de principe. Ils rejettent toute intervention officielle dans leur vie commune, qu'ils considèrent comme une matière rigoureusement personnelle. D'autres ne peuvent pas se marier parce que les deux partenaires sont du même sexe ou sont parents à un certain degré. Pour d'autres, le mariage est hors de question: la fille qui prend soin de son père âgé. Le législateur civil a beaucoup de mal à édicter des règles générales. Même s'il le pouvait, quel est le régime préférable pour une union de fait? Un système communautaire ou un système de séparation de biens?

Cependant, créer un statut juridique pour ces couples, serait non seulement dans leur intérêt mais serait important aussi à l'égard des tiers. Par exemple, quelle est la situation juridique d'un conjoint de fait lorsque le couple a donné, tacitement ou non, l'apparence d'un couple marié? On pourrait par exemple songer à une responsabilité solidaire pour les dettes du ménage.

Le législateur pourrait créer un quelconque régime non matrimonial, au choix des couples, prenant effet à l'égard des tiers après publication.

8.2. LES EFFETS DE LA PUBLICATION DES CONTRATS EN CAS D'UNION DE FAIT ET DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

Si l'on admet le système que, par leur publication, (enregistrement) certains faits juridiques prennent effet à l'égard des tiers-légalement ils sont supposés connaître les faits -, on doit admettre que ce régime crée, presque toujours, une fiction, parce que seul un très petit nombre de personnes utilise les renseignements qui sont consignés, par exemple, dans le registre des régimes matrimoniaux.

La mise sur ordinateur de tous les renseignements en cause et la possibilité - dans l'avenir - d'avoir son téléphone relié à un système central d'ordinateur pourrait retirer au régime juridique de publication son caractère fictif.

En outre, on doit se demander s'il est nécessaire et fondé de permettre que l'accord d'union de fait et le contrat de mariage prennent effet à l'égard des tiers, à la fois à leur avantage et à leur désavantage. Est-ce que la situation d'un couple marié ou de gens vivant dans une union de fait est si importante qu'elle peut - de quelque façon - avoir une influence défavorable sur la situation juridique des tiers?

8.3 LES UNIONS DE FAIT (suite)

Pour l'instant, on voit que des époux de fait concluent parfois un contrat comportant une société d'acquêts ou une communauté de biens. La majeure partie de ces contrats comprend souvent des dispositions relatives au partage des biens après la dissolution de l'union de fait. Il est très souvent stipulé, qu'en cas de décès de l'un des conjoints, le conjoint survivant demeurera seul propriétaire de tous les biens communs. Les raisons d'ordre fiscal jouent un rôle important (droits successoraux!).

Compte tenu des circonstances de chaque cas d'espèce, lorsqu'il n'y a pas de contrat, le juge hollandais applique aux unions de fait certaines règles du droit des régimes matrimoniaux. Le Projet de Code civil du Québec a procédé de la même façon : voir les articles 49 et 237. Cependant ces dispositions n'ont pas été promulguées.

Certaines lois récentes contiennent des dispositions destinées spécialement aux unions de fait. C'est le cas dans le domaine du droit de la sécurité sociale et aussi en droit civil et en droit fiscal. Par exemple, le conjoint dans une union de fait est, tout comme l'époux dans un mariage, censé être le colocataire en ce qui concerne la résidence commune. Cette situation juridique entraîne la possibilité d'une continuation du bail après que l'autre époux ait résilié le contrat de bail ou après sa mort. En matière de droits successoraux, il est prévu que le conjoint, dans une union de fait qui a duré plus de cinq ans, a droit lorsqu'il hérite de son conjoint à une plus grande remise ou à une plus grande réduction des droits successoraux.

9. PERSPECTIVES D'AVENIR

Dans la prochaine décennie, il faudra résoudre un grand nombre de problèmes en matière de droit des régimes matrimoniaux.

a) Le législateur du Code civil - l'ancien et le nouveau - a prévu des dispositions relatives au droit des régimes matrimoniaux, en tenant compte d'un mariage éternel ou tout au moins de longue durée. Le divorce était considéré comme une exception. De nos jours, aux Pays-Bas, c'est presque 30 % des mariages qui se terminent par un divorce. Les gens se marient avec l'idée que le divorce peut être considéré comme une façon raisonnable et acceptable de mettre fin au mariage ; le risque de voir leur mariage finir de cette façon s'accroît toujours.

Ces faits amèneront le législateur et la doctrine à modifier leur point de vue en ce qui concerne la valeur et l'importance du droit des régimes matrimoniaux. On voit déjà les testateurs et les donateurs prévoir la possibilité d'un divorce de leurs héritiers et donataires et disposer que le bien acquis par héritage ou donation restera propriété exclusive du bénéficiaire. On remarque également qu'un nombre de plus en plus grand d'époux qui passent un contrat de mariage - avant ou pendant le mariage - manifestent le désir de prévoir des dispositions en vue d'un divorce (éventuel). Nous suggérons que le législateur, la doctrine et les praticiens modifient leurs opinions sur le droit des régimes matrimoniaux ; cette évolution exige une attitude différente en ce qui concerne les questions de régimes matrimoniaux.

b) Le législateur, la doctrine et les praticiens doivent s'efforcer de résoudre les problèmes complexes soulevés par les unions de fait. Ils doivent faire face au problème global et essayer de créer un statut juridico-social complet pour les couples intéressés. Cependant, étant donnée la diversité des unions de fait, il semble impossible d'atteindre ce but autrement qu'à un niveau assez bas. De toute façon, on devra se poser la question en ce qui concerne la situation des unions de fait vis-à-vis des tiers agissant de bonne foi.

c) Le problème suivant est plus technique. Doit-on fonder les règles relatives aux rapports entre les tiers et les couples - de fait ou mariés - sur la connaissance, réelle ou présumée, acquise par les premiers (publication, enregistrement), ou bien doit-on rejeter toutes ces notions et fonder la réponse à ces questions sur un système de distribution des risques? Dans ce cas, la question la plus importante à résoudre est celle de savoir comment opérer cette distribution des risques.Nous proposons de faire supporter la majeure partie des risques par le couple ; ils ont choisi de vivre ensemble. Toute incertitude concernant leur situation juridique devrait être résolue en faveur des tiers.

Me Julien Mackay :

Je vous remercie beaucoup, monsieur van der Burght. Je comprends votre hésitation à propos de la prestation compensatoire que l'on veut instaurer. Les notaires du Québec s'inquiètent aussi à savoir comment résoudre les problèmes de comptabilité que ce projet va entraîner.

Maintenant, je voudrais vous présenter monsieur Philippe Rémy, professeur à la Faculté de droit de Poitiers depuis 1971.

M. Philippe Rémy :

Je traiterai brièvement d'un sujet qui mérite certainement plus d'attention. J'ai envisagé ce sujet dans la perspective de la recodification française. Je n'y ai pas ajouté la note de droit comparé qui aurait pu y figurer, si j'avais suivi les directives des documents annexés. Le mot est lâché ici : "recodification française", car il faut que vous le sachiez (tous les Français ne le savent pas) le Code français est en voie de recodification.

1. Droit patrimonial de la famille, codification, valeurs et langage : le risque nous paraît grand de nous perdre dans les quatre coins de ce thème, s'il n'est d'abord réduit à quelques questions par où un civiliste classique - et français - puisse le saisir.

2. Le droit français de la famille - et avec lui une part notable du droit patrimonial de la famille - a été réformé en profondeur en une dizaine d'années (de 1964 à 1976), par une dizaine de lois. Ce très puissant mouvement législatif a inscrit environ sept cents textes nouveaux dans un Code de 2 000 articles. L'ampleur de ce remaniement fait deviner qu'il ne constitue pas une simple mise à jour du Code civil, mais une véritable réformation en profondeur. On voit, dans le vieux Code, surgir, "en pointillé", un Code neuf - un Code de la famille dans le Code civil - (1). Les rédacteurs du Code civil ne lui avaient d'ailleurs pas promis l'immortalité : en disant qu'un Code "se fait avec le temps"(2), Portalis annonçait que le temps pouvait aussi le défaire, même si sa prudence l'inclinait à penser qu'il ne faut point trop se presser de réformer(3). Mais la révision du Code civil - thème doctrinal et politique, savant et mondain, au début de ce siècle - semblait avoir perdu son nerf avec le temps ; l'essai de réforme d'ensemble de 1945 s'était essoufflé(4), faute peut-être d'idées vraiment neuves et par excès de technicité(5). Avec, apparemment, une ambition plus mesurée, le législateur français a réussi à accomplir par étapes, à partir de 1964, ce que ses prédecesseurs n'avaient pu faire : refondre le Code par morceaux.

La réussite tient sans doute à la méthode utilisée. Au lieu d'être demandée à une commission, la rédaction des plus importants avant-projets de lois a été confiée à un seul homme, M. le doyen Carbonnier ; même retouchés dans la filière législative, les nouveaux textes y ont acquis une profonde unité - d'inspiration et de style, de forme et de fond. À défaut de "discours préliminaire", l'interprète est introduit à l'intelligence de ce droit nouveau par deux ouvrages du même auteur(6) ; mais cette propédeutique ne serait pas complète sans l'appoint de l'analyse profonde de ce mouvement législatif donnée, dès 1970, par M. le doyen Cornu(7).

3. Les grands traits de la réformation française y apparaissent en très fort relief. La "politique de révision" d'abord, où l'on discerne trois "postulats législatifs", trois "attitudes fondamentales" du législateur (français) devant la société (française) : le pluralisme, le réalisme, l'autoscepticisme(8). Ce sont là trois attitudes "sociologiques". Le pluralisme législatif repose sur le

constat fondamental que "la diversité a envahi le milieu juridique" et qu'elle appelle un droit divers et ouvert ; le réalisme pose que l'ordre juridique n'a quelque chance d'effectivité, de réception par le corps social, que s'il est lui-même construit en fonction des réalités sociales ; "l'autoscepticisme" - le mot est du doyen Carbonnier -(9) est le doute du législateur sur ses propres "modèles", la conscience aiguë que la nature sociale ne fait pas de sauts, qu'elle ne peut être forcée et que - sans paradoxe - l'application de la loi suppose qu'elle se limite elle-même. Remède et non révélation, mal nécessaire appelé pour corriger un autre mal, la loi doit être le moindre remède - et le moindre mal. Sous cette politique de révision, il y a une philosophie de la loi, une philosophie nouvelle qu'on pourrait qualifier d'"antilégaliste"(10).

4. La "technique de révision"(11) suivie par le législateur français traduit très exactement cette révolution de philosophie législative : le législateur a d'abord cherché ses sources d'inspiration dans la société française, comme elle est et comme elle se voit ; le travail législatif a commencé par des enquêtes sur le milieu français(12). La loi n'est pas descendue d'une technique savante, elle est montée de réalités et d'aspirations populaires. Lors même qu'il a puisé dans le trésor du droit comparé, le législateur ne s'est pas arrêté au comparatisme savant, qui trouverait dans une conception universaliste du droit des raisons suffisantes d'importer des institutions ou des règles ; les apports de droit comparé ont été acclimatés, retaillés sur "les aspirations populaires autochtones"(13). Il ne faut point s'étonner dès lors du parti qui a été pris dans l'écriture de ce droit nouveau : dépassant la fausse querelle de la langue "savante" et de la langue "populaire", le législateur a écrit pour tous les Français, en sachant bien que les divers destinataires de la règle de droit, savants ou non, praticiens éclairés ou simples quidams, ne liront pas la loi de la même façon et n'y prendront pas la même chose.

5. Faut-il encore, dans cette loi nouvelle, chercher des "valeurs"? Les découvrira-t-on par le seul examen de la langue du Code nouveau? Tout dépend de ce que l'on entend par "valeurs" : si on y voit des "principes idéaux" descendus d'un empyrée céleste dans la loi terrestre, on risque d'être déçu. Le nouveau législateur n'est pas un législateur idéaliste.

On risque la même déception, nous semble-t-il, si l'on cherche dans ce droit nouveau de la famille les éléments d'un nouveau catéchisme idéologique. Il y a bien, d'un

côté, des affirmations comme celle que "les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie" (art. 215 C.Civ) qui pourrait passer pour une maxime idéaliste ; ou, d'un autre côté, la proclamation de l'égalité civile des époux, (art. 213 C.Civ), ou des enfants (art. 884 C.Civ.), qu'on pourrait rattacher à "l'idéologie moderne". Il serait tentant - et assez facile - de prêter au législateur contemporain, en droit patrimonial de la famille, une éthique mélangée de "personnalisme" et de "familialisme", qui ferait la part de l'égale dignité des personnes et d'un "intérêt de la famille", présenté, en beaucoup de dispositions, comme principe régulateur des rapports patrimoniaux (art. 1307 C.Civ.) et critère de solution des conflits familiaux (art. 217, 220-1, 1429 C.Civ.).

On pourrait ainsi élire, parmi quelque centaines d'articles du nouveau Code, une poignée de textes de principe - de textes a priori solennels, symboliques ou emblématiques. Cette vision des valeurs et du langage de la codification française ne montrerait, à notre avis, ni la totalité, ni même l'essentiel du nouveau droit patrimonial de la famille. Elle le trahirait plutôt. Le nouveau droit patrimonial de la famille n'impose pas d'éthique. Ses "valeurs" lui viennent du corps social, reflètent celles de la société française. Sociologue d'abord, le législateur n'a pu manquer de noter la diversité de cette société, la variété de ses aspirations, la multiplicité - et quelquefois la contradiction - de ses attentes. L'éthique législative est une science (et un respect) des moeurs françaises ; son trait fondamental est le pluralisme. Il devient alors beaucoup plus difficile de découvrir, dans le langage de la loi, les "valeurs" qui sous-tendent le nouveau droit patrimonial de la famille ; ce n'est plus dans des proclamations de principe que se trouve le "message" essentiel, mais dans le détail technique des institutions et des règles, jusqu'aux plus menues - car c'est là que se révèle le mieux ce pluralisme législatif.

6. Une difficulté particulière de cette recherche vient de ce que la réforme commencée n'a pas été achevée ; en dépit de son ampleur, la révision du Code civil n'a pas encore embrassé l'ensemble du droit patrimonial de la famille. L'essentiel de la réformation a touché les régimes matrimoniaux (loi du 13 juillet 1965) ; l'autre versant du droit patrimonial de la famille - successions et libéralités - n'a fait l'objet que de réformes partielles, techniquement importantes, mais qui, depuis 20 ans, n'ont pas touché le coeur de ce droit.

Le droit patrimonial de la famille se présente donc aujourd'hui, dans le Code civil, comme fait de pièces

d'âges différents. Cette coexistence d'un texte neuf et de textes anciens, d'une pars vetus et d'une pars nova, n'est pas très gênante en pratique ; chaque bloc de textes a son champ d'application propre ; en général, les chevauchements ne sont pas à craindre. Mais celui qui s'interroge sur les valeurs du droit patrimonial de la famille, ses fins et sa philosophie, voit l'incohérence dans la coexistence de ces deux blocs d'inspiration différente. Le schisme est dans le Code ; comment revenir à l'unité, comment faire tenir ensemble les morceaux de ce droit éclaté?

Pluralisme (voulu) dans la loi (I) et schisme (subi) dans le Code (II) : c'est la figure contrastée de notre droit patrimonial de la famille, et de ses "valeurs".

I

Le pluralisme dans la loi

7. On ne peut pas se contenter de la constatation banale qu'on rencontre, dans le nouveau droit patrimonial de la famille, des valeurs fort diverses et quelquefois contradictoires : l'indépendance des époux et la société conjugale, l'autonomie individuelle et la protection d'intérêts familiaux, des sphères de liberté et des sphères de solidarité. Il faut chercher la signification (A) de ce pluralisme et le saisir dans ses applications (B).

8.A. "La diversité a envahi le milieu juridique"(14). C'est de ce constat qu'il faut partir pour comprendre la signification du pluralisme législatif. En droit de la famille en général - mais le droit patrimonial de la famille n'en est qu'une branche, une dépendance - ce constat de diversité place le législateur devant une sorte de dilemme.

D'un côté, c'est une idée reçue dans notre philosophie de la loi, volontiers idéaliste, que la loi vise des fins qui lui sont supérieures, qu'elle sert des valeurs qui lui sont "données" (d'en haut) ; que, sur ce "donné idéal", le législateur "construit". Mais, d'un autre côté, chacun sent que, dans la matière qui nous occupe, ce "donné idéal" ou "moral" change en même temps que le donné "social" ; mieux, qu'il éclate, se diversifie en types d'une grande variété. Comment légiférer pour la famille quand il y a, sous nos yeux, des familles différentes vivant aujourd'hui des "valeurs" différentes? Comment régler la vie patrimoniale des familles quand les patrimoines éclatent

de diversité dans leur étendue et dans leur contenu? Dans une société comme la société française, qui n'est ni homogène, ni unanime, et, sur certains points, coupée de véritables schismes moraux, religieux, politiques, idéologiques, faut-tl que la loi reste institutrice, maîtresse de moeurs et d'éthique sociale? La réponse à cette question est tout entière commandée par des principes de philosophie du droit.

9. Si l'on voit dans la loi civile l'instrument de réalisation d'un ordre social, ou un mode de gouvernement, il n'y a point d'hésitation : le droit de la famille, spécialement le droit patrimonial de la famille, apparaît comme un moyen de réformation de la société - construisant les "cellules de la société nouvelle", il exprime et même impose "des exigences et principes juridiques nouveaux"(15). Sûr de ses "valeurs", un tel droit peut les affirmer - y compris dans des normes supérieures à celles d'un Code (civil ou de la famille), par exemple des normes constitutionnelles. Le droit patrimonial de la famille se présente alors dans une forme monolithique, comme un bloc impératif ; les conflits y sont perçus moins comme le choc d'intérêts privés où chacun réclame sa part, que comme des déviations par rapport à un modèle idéal ou des désobéissances à un ordre supérieur. Au minimum, on prête alors aux valeurs "législativement consacrées" une vertu "éducative".

10. Si l'on voit au contraire le droit comme l'expression d'un ordre social qui se règle lui-même - si l'on pense en somme que la société civile est maîtresse de la loi civile, et non l'inverse -, le droit patrimonial de la famille ne peut se construire (et s'appliquer, avec une chance d'effectivité) que selon un principe de neutralité axiologique. Dans notre société, ce serait la pointe extrême d'une laïcisation ou d'une sécularisation de ce droit commencée il y a longtemps.

11. À vrai dire, cette "neutralité" peut se comprendre de plusieurs façons.

Dans une version radicale, elle nous paraît d'une extrême virulence philosophique. Selon une opinion fréquemment exprimée, elle procéderait de "l'idéologie de tolérance" qui aurait commencé de fleurir dans les "sociétés permissives" de l'ère "post-industrielle" ; dans cette vue, s'il reste encore au droit de la famille une mission, c'est d'assurer seulement l'égale praticabilité de tous les comportements : ce droit doit se construire sans "valeurs" - ou plutôt sur une seule, la liberté de l'individu dans

la quête de son "droit au bonheur". C'est la philosophie hédoniste du droit de la famille(16).

12. D'un autre bord de la morale, on comprend cette "permissivité" du droit de la famille comme un simple "désengagement" juridique, le droit abandonnant à d'autres systèmes de normes la "compétence pour interdire" ; la religion, l'éthique ou simplement les moeurs qui, elles, ne sont pas neutres, prendraient ainsi le relais de la norme juridique(17). Deux constatations conforteraient cette interprétation ; la première serait qu'en matière de famille, la longue durée révèle une sorte de va-et-vient entre le droit et les autres systèmes normatifs ; les mêmes relations qui appartenaient aux moeurs et ont été saisies par la loi, peuvent revenir aux moeurs, sans grand dommage - et même peut-être avec avantage(18). La seconde constatation est que là même d'où le droit s'est désengagé, la "régularité statistique (de certains comportements) laisse deviner, dans le domaine évacué par le droit, la présence persistante de règles (qui...) ne sont plus des règles juridiques"(19). La fine pointe de cette thèse(20) serait que le droit ouvrirait ainsi "entre toutes les familles une sorte de libre concurrence - l'arrière-pensée étant que l'emporteront à la longue sur les autres, en réussite sociale, celles qui se seront évertuées à être les plus dures envers elles-mêmes"(21).

Si c'est bien là l'arrière-pensée du législateur français de la famille, on observera cependant que cette philosophie, bonne peut-être à fonder un droit nouveau des relations personnelles dans la famille, est d'application plus incertaine quand il s'agit des relations patrimoniales ; qu'on peut concevoir un "désengagement" du droit du mariage et du droit du divorce, mais qu'il est difficile d'apercevoir comment ce même concept se traduirait en droit patrimonial de la famille, sinon par un retrait, un reflux de ce droit - pratiquement, l'abandon des rapports patrimoniaux de famille au droit commun des biens et des obligations. Or, si l'on peut deviner où va notre droit patrimonial de la famille, c'est l'inverse qui semble devoir se produire : loin de se rétracter, il nous semble que cette branche du droit civil s'empare, au contraire, de nouveaux domaines, naguère abandonnés aux moeurs, aujourd'hui saisis par la loi.
Significativement, le droit patrimonial de la famille s'est emparé du quotidien aussi bien que du fait. L'émergence, dans les régimes matrimoniaux, d'un régime primaire, élémentaire, fait pour la vie quotidienne des ménages, nous paraît assez caractéristique de cette tendance ; le régime matrimonial classique ("secondaire") ne saisit les

biens des époux que par grandes masses et par intermittences ; une nouvelle sensibilité juridique inspire au législateur un droit patrimonial ordinaire, pour tous les jours.

Une autre propension du droit patrimonial de la famille à s'emparer de nouveaux domaines se trouve dans ce qu'on pourrait appeler la "juridicisation" des situations de fait. C'est ainsi qu'on puise aujourd'hui dans les règles du régime matrimonial des éléments d'organisation patrimoniale de la séparation de fait (art. 220-1, 1420 à 1429, 1442 al. 2, 281-1 al. 2 C. Civ.). Si, un jour, notre droit doit admettre les pactes de séparation amiables, on peut parier que cette reconnaissance se fera d'abord latéralement, par l'admission des pactes annexes réglant les conséquences patrimoniales de la séparation - avec, en prime, un contrôle judiciaire. Parions aussi que l'"admission" du concubinage se traduirait immanquablement par une organisation patrimoniale plus ou moins décalquée de celle du mariage, avec ou sans régime matrimonial, mais avec des gains de survie. Ce ne serait pas là précisément un retrait, mais une extension du droit patrimonial de la famille.

13. Aussi bien est-ce une autre conception de la neutralité qui nous paraît inspirer le législateur dans notre matière. Elle se traduit par trois procédés : la recherche empirique d'un "consensus" minimum ; le compromis prudent du souhaitable et du possible ; l'ouverture aux choix individuels.

La diversité de la société française n'empêche d'abord pas de découvrir (par enquête et non par simple intuition) des points d'accord sur certaines données essentielles à l'élaboration d'un droit patrimonial de la famille. C'est ainsi que l'enquête d'opinion, menée avant la réforme de 1965 des régimes matrimoniaux, en avait révélé trois : l'attachement au principe communautaire, l'égalité des époux, la conservation des biens de famille dans le patrimoine de chaque époux(22). La neutralité de la loi ne conduit évidemment pas ici à vider la loi de toute "valeur", mais seulement à n'élire que celles qui sont conformes aux attentes de la société civile.

Un peu différemment, mais dans la même veine, le législateur français a également procédé, dans notre matière, à des compromis, à des transactions entre "valeurs" contradictoires, mais également présentes. Le plus notable exemple en est la "transaction sans

gloire"(23), qui a présidé à l'établissement des droits successoraux de l'enfant "ci-devant adultérin"(24) chaque fois que celui-ci se trouve en concurrence avec le conjoint victime de l'adultère ou des enfants du mariage auxquels l'adultère a porté atteinte (art. 760 et s. C.Civ. réd. L. 3 janv. 1972). Demi-mesure peut-être, mais surtout mesure : le législateur n'impose pas tout ce qu'il souhaite, ou ne souhaite que ce que la société civile, en son état, peut accepter(25). Ici encore, point de démission de la loi ni de vide axiologique ; le pluralisme consiste à faire leur place à chacune des valeurs en conflit.

Plus caractéristique encore de ce pluralisme du droit patrimonial de la famille, est l'"ouverture" de la loi, qui libère les choix individuels. D'un même mouvement, la loi multiplie les institutions, autorise les combinaisons individuelles, fabrique des régimes à option, permet les panachages, laisse à chacun la faculté de retailler la loi à ses propres mesures. La loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux est toute entière une illustration de ce procédé. Elle ne s'est pas contentée d'offrir un libre choix entre un régime légal et des régimes conventionnels ; elle n'a pas seulement multiplié les modèles-types, formules à reproduire par le rédacteur du contrat ; elle a aussi désarticulé ses régimes de communauté en pièces - en clauses - à "remonter" au gré de chacun. Dans la même ligne d'autonomie des volontés, la loi de 1965 a abandonné le principe d'immutabilité du régime matrimonial au profit d'une mutabilité contrôlée judiciairement et mesurée, cas par cas, sur l'intérêt de la famille (art. 1397 C. Civ.).

Enfin, d'une manière moins apparente, mais certainement aussi efficace, la loi a mis en place toute une mécanique d'aménagements volontaires (mandat), quasi-volontaires (gestion d'affaire), ou semi-volontaires (présomptions de pouvoirs, présomptions de mandat) qui sont autant de techniques d'assouplissement du régime matrimonial - devenu "flexible", comme sont changeants les besoins des époux ou le climat conjugal. Si l'on peut prêter à notre droit patrimonial de la famille renouvelé une éthique, ou des "valeurs", c'est dans ce détail des règles apparemment les plus techniques qu'on les trouve : on découvre alors un droit pluraliste, divers, changeant, "flexible". Plus donc que dans des principes solennellement formulés, c'est dans ses applications qu'on peut saisir ce pluralisme législatif.

14.B. On est contraint ici de montrer de très haut ce qui - on vient de le dire - ne se voit bien que de très près. Au risque de donner un tour dogmatique à un droit qui ne l'est pas, on s'essaiera quand même à le "réduire en principes", ou mieux, en adages (ce qui est déjà plus souple). On pourrait en proposer deux : le nouveau droit patrimonial de la famille est pour toutes les familles ; le nouveau droit patrimonial de la famille est pour tous les patrimoines.

15 a) La première recette a certainement été soufflée au législateur par sa sociologie attentive de la famille française. Ni la thèse du "resserrement" de la famille, ni la typologie évolutionniste des trois états (famille "patrimoniale", "possédante", "laborieuse")(26) ou des deux états de la famille ("autoritaire", "associationnelle"), ni la "prolétarisation" des familles ne peuvent être, en France, accueillies sans réserves ou nuances(27). Dans la société-française-comme-elle-est, on ne pouvait légiférer dans la contemplation d'un modèle unique ou fixe de famille ; il fallait, à peine d'ineffectivité, légiférer pour plusieurs types de familles. Le législateur français a ainsi échappé à deux tentations "modernes" (et savantes) du droit patrimonial de la famille.

16. La première tentation était de ne légiférer que pour la famille "laborieuse", celle qui "bâtit plutôt son avenir sur le travail et fonde davantage sa sécurité sur la solidarité collective"(28) que sur un patrimoine familial. Il faut bien s'interroger par exemple sur ce que doit être le régime matrimonial des "33 % de ménages français qui ont moins de 10.000 FR en capital"(29). L'idée vient alors que c'est peut-être pour ces ménages-là que la loi de 1965 a établi un régime primaire, élémentaire comme les besoins qu'il vise à satisfaire : la contribution aux charges du mariage (art. 214), la protection du logement familial (art. 215), la solidarité ménagère (art. 220), mais aussi le libre exercice d'une profession, (art. 223), la libre disposition des meubles (art. 222) et le libre maniement des deniers conjugaux (par banquier interposé, art. 221 C.Civ.). Voilà une communauté rudimentaire, combinée avec une parfaite "fluidité" des "rôles conjugaux". Ce pourrait être le régime matrimonial des pauvres. La fonction de prévoyance du régime matrimonial s'y efface, relayée, hors Code, par des mécanismes de solidarité collective et des gains de survie "travaillistes"(30) (réversion des pensions de retraite, capital-décès du conjoint survivant).

Mais, si cela est vrai, c'est pour les autres ménages que seraient faits les régimes matrimoniaux proprement dits - les régimes matrimoniaux secondaires - spécialement ceux qui remplissent manifestement une fonction quasi-successorale pour le conjoint survivant : communautés conventionnellement étendues (jusqu'à la communauté universelle, art. 1526 C.Civ.), avec stipulations de préciput ou de parts inégales (art. 1515 et 1520 s. C.Civ.). L'existence de ces régimes conventionnels - qui sont aussi, si l'on en juge par les statistiques de changements de régime, les régimes du troisième âge - témoignent qu'on a légiféré pour les familles possédantes aussi bien que pour les familles sans patrimoine.

Il y a plus. Entre ces deux types extrêmes de familles, il y a aujourd'hui toutes celles qui, sans être "possédantes", peuvent se constituer par le travail (et cette forme moderne d'épargne qu'est l'endettement) un patrimoine qu'elles n'ont pas reçu. Pour ces familles, au patrimoine acquis et non transmis, serait le régime légal - ou, en version plus intellectuelle, la participation aux acquêts. Chaque régime matrimonial a ainsi ses destinataires naturels.

Mais le législateur est allé au-delà de ce pluralisme de base. Une analyse un peu plus fine révèle que chaque régime porte en lui-même des éléments de diversification et d'adaptation. Cela est spécialement vrai du régime légal. Les règles de répartition des biens y dessinent, non un "patrimoine familial-type", mais plusieurs. La summa divisio - celle des propres et des acquêts - trace en gros la frontière de la fortune acquise, qui devient commune (parce qu'elle est acquise pendant le mariage, qui est "le temps du plus fort labeur", comme le disait Bourjon) (art. 1401) et de la fortune transmise, qui reste propre (art. 1405. C.Civ.) ; "associationniste", la communauté légale laisse hors de l'emprise de la masse commune les biens de famille - s'il y en a. Le détail des règles de composition des masses en dit plus long encore : pour quelles familles est fait l'article 1403, qui combine subtilement la libre gestion des propres et l'entrée des revenus de capitaux propres dans la masse commune? Pour quelles familles l'affectation exclusive à la personne des époux des instruments de travail nécessaires à leur profession (art. 1404)? Pour quelles familles les "accroissements de valeurs mobilières propres" (art. 1407)? Le vrai est que, même lorsqu'il a légiféré en gros et pour la masse - les 10 millions de ménages mariés sous le régime légal - le législateur a "fait le détail" : le régime légal est un régime à destination particulière du plus grand nombre, riches, pauvres, demi-riches ou demi-pauvres ; sa

plasticité lui permet de vêtir des familles différentes ; chacune y peut faire sa propre niche.

17. Une autre tentation aurait été de ne légiférer qu'en vue d'un couple idéal d'égaux - purs et durs. Requête générale de l'opinion vulgaire, sentiment de l'opinion éclairée, revendication politique, tendance "universelle" des droits "savants", tout poussait le législateur à construire un droit matrimonial égalitaire. L'égalité s'est affirmée dans la loi du 13 juillet 1965 ; cette égalité peut être considérée comme parfaite, spécialement dans le régime légal(31).

La communauté légale est fondamentalement un régime à gestion séparée des propres (art. 1423C. Civ.) et des acquêts (art. 1421 à 1425), combinée avec une cogestion pour les actes les plus graves sur les acquêts les plus importants (art. 1421 à 1424 C. Civ.). Mais cette structure formellement égalitaire du régime légal peut se transformer en structure inégalitaire : il suffit que la femme n'exerce pas de profession séparée pour que la gestion partagée des acquêts se transforme en gestion maritale - avec l'important correctif de la cogestion.

Il n'y a pas un, mais deux régimes légaux, selon que la femme "travaille" ou ne "travaille pas" ; le nouveau modèle légal de pouvoirs englobe aussi l'ancien. On le constate à d'autres signes : le législateur, tablant sur "une espèce de survie sociologique de la loi ancienne" où le "modèle 1965 sera en fait appliqué, vécu, comme un modèle 1804"(32) a spécialement réglé l'immixtion maritale dans la gestion des propres de la femme (art. 1480 & 1485 C. Civ.) - règles transitoires à durée indéterminée.

Mais il y a plus que cette coexistence de deux régimes légaux ; le schéma général de la répartition des pouvoirs en régime légal est constamment (et consciemment) assoupli par des mécanismes favorisant l'immixtion mutuelle et quotidienne entre époux (présomptions de pouvoirs, présomptions de mandat tacite) ; il ne conserve de rigidité, au fond, que pour les actes les plus graves. Le législateur sait , qu'au jour le jour, il y a plus d'une façon de vivre l'égalité dans un couple, qu'avec le temps et les circonstances, le climat conjugal et les humeurs de chaque époux, le régime matrimonial s'infléchit en des sens divers. C'est une autre figure de l'autonomie des volontés - l'autonomie quotidienne des petits choix d'existence.

18.b) Le même pluralisme - la même acceptation de la diversité - se retrouve dans cet autre trait essentiel du droit patrimonial de la famille : il est fait pour tous les patrimoines. On vient de constater que la loi de 1965 les considérait tous, quelle que fût leur étendue. Il est aisé de montrer que le législateur contemporain les considère aussi dans la diversité de leur matière.

Longtemps, la distinction des meubles et des immeubles a été "l'arête du droit matrimonial"(33). Cette division générale des biens est aujourd'hui traversée, en droit patrimonial de la famille, de beaucoup d'autres, qui émergent ici, mais préfigurent sans doute de nouvelles structures du droit des biens en général(34). On en aperçoit principalement quatre, qui s'entrecroisent.

19. Biens de capitalisation et biens de consommation : nulle part énoncée de façon générale, cette première distinction ressort d'énumérations légales - celle de l'article 1424, pour les régimes matrimoniaux ; celle de l'article 457, pour la tutelle. On y voit figurer biens de production (fonds de commerce, exploitations, fonds rural, immeuble à usage commercial, industriel, artisanal) et biens de placement (meubles précieux, valeurs mobilières). Dans la gestion de la communauté, comme dans la gestion du patrimoine pupillaire, la catégorie des biens de capitalisation fait l'objet d'une protection spéciale.

20. Biens de nécessité et superflu : ici encore, la distinction ressort, non d'un principe énoncé en clair et en forme de disposition générale, mais des règles particulières qui soumettent à un régime spécial les biens nécessaires. Le logement est le premier de ces biens. Le logement familial, dans le droit des régimes matrimoniaux (art. 215 al.3 et 1751 C.Civ.), du divorce (1751 al.2, 235-1 C.Civ.), du partage (art. 832 C. Civ.); logement de la personne protégée dans le droit des incapables majeurs (art. 480-2).

21. Biens marqués d'une affectation personnelle et biens "neutres" : cette dernière distinction inspire évidemment la qualification de propres par nature du régime légal (art. 1404 C.Civ.) ; on la retrouve aussi, mais réduite aux souvenirs et objets de caractère personnel, dans les régimes de protection du majeur (art. 490-2 in fine) ; la même idée d'affectation exclusive à la personne se retrouve enfin, comme critère d'attribution préférentielle, dans le droit du partage (art. 832 C. Civ.).

22. Biens de type bancaire (comptes en banque, titres et valeurs mobilières) et biens "que l'on pourrait nommer de droit notarial, en première ligne les immeubles "(35) : pour les premiers, la règle est la liberté de gestion (art. 221, 222, 456 al.4 C.Civ.) ; sous tous les régimes matrimoniaux, le maniement des deniers conjugaux et la gestion des comptes de titres est un champ ouvert à l'autonomie de chaque époux, dans la quasi-indifférence des banques au régime matrimonial. Le régime matrimonial reprend son empire sur les capitaux immobiliers - sous l'oeil du notariat. Dans le patrimoine conjugal, se dessine ainsi un "secteur libre" et un secteur surveillé.

23. Concret, attentif aux besoins des personnes et à la fonction économique des biens, le nouveau droit matrimonial de la famille a largué ses amarres d'avec la théorie générale du patrimoine et la classification des biens du Code civil, dogmatique héritée d'un autre âge. Qu'on l'envisage du côté des familles ou du côté des biens, ce nouveau droit montre les mêmes traits essentiels et révèle le même effort de révision radicale du droit civil. Comment ce morceau de Code renouvelé cohabiterait-t-il avec l'ancien?

II

Le schisme dans le Code

23. Une vue cavalière de l'autre versant du droit patrimonial de la famille - successions et libéralités - montre l'effort qui reste à accomplir pour parfaire la réforme commencée il y a quinze ans (A). Mais dans cette attente - dans cet espoir - il existe, de lege lata, des moyens de reconstruire, avec les textes comme ils sont, un droit patrimonial de la famille cohérent, comme il devrait être (B). En attendant la loi, l'interprète d'aujourd'hui a pour mission de faire tenir ensemble les morceaux d'un Code rompu.

24.A) En matière de successions et libéralités, ni le bilan, ni la prospective, ne sont faciles.

Il faut d'abord se garder de croire que cette matière est restée immuable depuis 1804. Passée la grande stabilité du XIX^{e} siècle, on discerne, dans son évolution tourmentée, deux temps bien différents.

25. Le temps des coups d'audace (et des grands remuements intellectuels) a occupé la fin du XIX^{e} et la première moitié du XX^{e} siècles. C'est alors qu'eut lieu la promotion décisive de la parenté naturelle (Loi 25 mars 1896), la restriction de la successibilité en ligne collatérale (L. 31 déc. 1917, L. 26 mars 1957), la montée par paliers du conjoint survivant dans la hiérarchie successorale (L. 9 mars 1891, L. 29 avril 1925, L. 3 déc. 1930, L. 26 mars 1957, Ord. 23 déc. 1958)(36). Mais ces changements, en dépit de l'audace - pour l'époque - de leurs objectifs, n'ont été que ponctuels ; entrés à force dans la structure originelle du Code, ils ont été contraints de composer avec elle, en empruntant des techniques maladroites - c'est spécialement vrai de la condition du conjoint survivant(37). Surtout, on ne voit pas dans ces réformes le même effort de révision profonde du droit civil - de ses sources d'inspiration, de ses méthodes -, qui devait marquer la réforme de la famille ; simples accrocs dans le tissu du vieux Code civil, ces lois de la première moitié du XX^{e} siècle n'en ont pas bouleversé la philosophie législative.

26. Ce troisième quart de siècle n'est pas non plus resté immobile : pour une vingtaine d'années, on peut citer une bonne dizaine de lois, grandes ou petites, qui ont touché cette matière(38). Beaucoup de ces lois sont d'une extrême importance pratique ; certaines d'entre elles sont aussi d'un puissant intérêt théorique (c'est le cas de la loi du 3 juillet 1971 réformant les liquidations successorales et de celle du 31 décembre 1976 organisant l'indivision) et portent les prémices d'un renouvellement de cette branche du droit patrimonial de la famille ; on peut y relever l'empreinte de la loi de 1965 - très nette sur la réforme de l'indivision - et un accroissement de l'autonomie des volontés qui paraît bien dans la ligne du nouveau droit patrimonial de la famille(39). Mais ces changements, à leur tour, ne doivent pas abuser : un droit peut être à la fois instable et conservateur. C'est ce qui semble être advenu à la matière des successions et libéralités.

27. La simple liste de ce qui n'a jamais fait l'objet d'une révision d'ensemble donne le vertige : la hiérarchie des vocations successorales, qui est la projection patrimoniale la plus claire de la famille ; la liste des réservataires et les quanta de réserve, révélateurs de l'affectation familiale du patrimoine ou des besoins de ceux que la loi désigne comme réservataires ; les règles de "police des libéralités", notamment dans les rapports entre époux ; le régime général des actes d'"anticipation successorale"(40) et la place particulière des successions

contractuelles ; la succession aux biens de production et aux biens de nécessité (indirectement touchée par les attributions préférentielles) ; la place à faire en droit civil aux successions "travaillistes" (capital-décès, pensions de réversion, assurance-vie) pour ne rien dire du "fouillis des libéralités à régime spécial, dans lequel le bois mort est abondant"(41).Incontestablement, il manque à cette partie du droit patrimonial de la famille l'examen de conscience que constituerait à tout le moins une recodification semblable à celle qu'ont subie les régimes matrimoniaux.

28. Peut-on se hasarder à prédire où va ainsi la matière des successions et des libéralités, en ne bougeant pas? Une première réponse serait tout simplement qu'il se maintiendra lontemps encore dans le statu quo avec des retouches techniques ou seulement incidentes. Le danger serait de lui voir perdre sa sève et son effectivité ; on verrait par exemple se constituer, en dehors du droit civil - le processus est déjà entamé - un droit des successions agricoles, un droit des successions "sociales", etc. Le droit des successions éclaterait ainsi en statuts particuliers qu'aucune politique générale ne relierait. Une autre réponse possible serait que cette matière attend encore que mûrissent les conditions de son avènement. On peut penser, par exemple, que les moeurs ou les besoins n'allant pas partout d'un même pas, les nouveaux "modèles familiaux" et la nouvelle conception des biens éclos dans le droit des régimes matrimoniaux, ont besoin de se renforcer encore avant de percer la matière des successions et des libéralités - autrement complexe et étendue. Reste à savoir ce que nous réserve cette attente.

29. On peut d'abord songer à une simple projection des grandes tendances de cette matière - celles que l'on peut déceler, dans la longue durée, par l'accumulation des retouches législatives ou des opinions doctrinales. Du côté des successions, on peut tabler alors principalement, à ce qu'il semble, sur une nouvelle promotion du conjoint survivant(42). Mais on est pris, là, dans un réseau de données contradictoires : ne pas bloquer (ne fût-ce que par un droit viager) une part importante des fortunes "entre des mains trop âgées pour affecter ces biens à des fins de progrès économique et social"(43) ; ne pas nuire (c'est encore vrai pour les dynasties paysannes et les petits entrepreneurs) à l'établissement des enfants ; tenir compte de l'attachement persistant à la conservation des biens dans les familles ; considérer la destination naturelle des "patrimoines de type domestique", faits pour "servir d'appui à la famille conjugale et au conjoint survivant".

Le sûr est qu'on se sortira malaisément de ces contradictions par le seul recours aux techniques classiques de l'ordre successoral et du démembrement des vocations (en usufruit seulement ou en pleine propriété). Une législation successorale qui saisirait demain - comme le fait aujourd'hui le droit des régimes matrimoniaux - la diversité des besoins (concrets) et des situations (de famille ou de fortune) devrait diversifier les modèles légaux de successions : tenir à nouveau compte de la nature et de l'origine des biens pour en régler la dévolution(44).

Il ne serait d'ailleurs pas inconcevable de combiner - ce serait un équilibre de composition auquel le droit civil recodifié nous a déjà habitués - points de vue et techniques différents : créer par exemple, à côté des successions ordinaires - où les biens "neutres" seraient dévolus par ordre et par degré, sans considération de leur nature et de leur origine, des successions anomales, où la nature des biens et la situation des personnes gouverneraient la dévolution. Biens de production et biens de consommation, valeurs mobilières, logement familial, exploitations industrielles ou agricoles, faut-il encore que cette diversité reste réduite à l'abstraction d'uniformité pour les successions, quand le reste du droit patrimonial de la famille est revenu au réel, c'est-à-dire à la pluralité?

30. Le moyen naturel de cette diversification des successions serait sans doute, ici encore, de libérer les volontés individuelles, ce qui n'excluerait pas un contrôle judiciaire, ni la considération de "l'intérêt familial". Régler, plutôt que prohiber, les successions contractuelles, autoriser les pactes de famille,(45) élargir les possibilités d'anticipation successorale déjà présentes dans notre droit positif, serait un retour au naturel - au droit naturel, celui des besoins : prévoir et organiser la gestion future des biens ; prévenir les guerres de successions ; estomper conventionnellement des inégalités que la conscience contemporaine perçoit bien (inégalités d'éducation entre enfants, successions "invisibles" aux bénéfices d'une fonction ou d'un poste), mais qu'il paraît difficile de faire entrer dans le calcul d'un disponible.
Ce que la liberté individuelle y gagnerait, l'intérêt familial ne le perdrait peut-être pas non plus ; mais le conflit de la liberté individuelle et de l'ordre public familial ne se présenterait plus, comme aujourd'hui, sous forme de fractions abstraites (½ de disponible pour ½ de réserve) mais serait saisi chaque fois, dans un contrôle d'homologation, comme un conflit d'intérêts concrets ; il reprendrait les couleurs de la vie, - celle des familles et celle des biens.

31. Une révision d'ensemble serait aussi l'occasion de réexaminer les fonctions et la nature de la réserve. Elle aussi apparaît "de droit naturel" à l'opinion française(46) ; mais on ne sait pas très bien si elle doit être encore comprise comme la revendication d'une égalité minimum entre les héritiers les plus proches, l'expression d'un "devoir social et familial" grevant les patrimoines, le moyen d'assurer la division des fortunes ou la modalité successorale d'une charge quasi-alimentaire (la "réserve-besoin"). Selon la perspective choisie, on tiendra pour une réserve forfaitaire ou "personnalisée" (qui tiendrait compte de l'âge, de l'état physique et mental, des besoins), en nature ou en valeur, simple ou complexe, (adjonction d'une sur-réserve, majoration légitimaire, etc.(47), réserve spéciale du conjoint survivant (sur le logement familial et les meubles meublants).

Appuyée sur de nouvelles enquêtes, enrichie d'apports "acclimatés" de droit comparé, raccordée enfin aux matières déjà recodifiées, une telle réformation ne paraît pas une tâche impossible.

32. Mais ce n'est pas ce que promettent tous les schémas d'évolution du droit des successions. Présumant que l'hérédité nourrit l'inégalité sociale, on pourrait songer à utiliser le droit des successions comme un des moyens de supprimer des inégalités(48). Il faudrait pour cela aggraver les prélèvements fiscaux en augmentant les droits de mutation et en supprimant les abattements ; entraver la liberté de disposer à cause de mort ou entre vifs à titre gratuit, notamment les donations-partages ; supprimer à la source ces avantages qui se transmettent héréditairement sans support patrimonial et qui sont pourtant lucratifs, "bénéfices familiaux qui se répandent en dehors des canaux du droit"(49). Mais les devinettes de la lex ferenda ne doivent pas détourner les civilistes d'un devoir plus urgent.

33.B) La vraie difficulté - le défi d'interprétation - est aujourd'hui de redonner une certaine cohérence à un droit fait de deux pièces qui s'ajustent mal parce qu'elles ne procèdent ni du même projet, ni de la même méthode, ni de la même philosophie. L'interprète n'est pas ici devant le problème - classique - d'adaptation d'un Code vieilli à une réalité sociale nouvelle ; il doit, s'il croit encore à un principe de cohérence du droit patrimonial de la famille, chercher à adapter l'un à l'autre deux blocs de législations positives.

Dans cette recherche, on peut, croyons-nous, s'appuyer sur un "principe général de préférence pour l'ordre positif nouveau"(50). C'est la loi nouvelle qui reflète les conceptions actuelles du législateur ; c'est d'elle qu'il faut partir pour redonner à l'ordre juridique tout entier le maximum de cohérence.

34. Dans la mise en oeuvre de ce principe, les procédés offerts à l'interprète ne sont pas les mêmes, semble-t-il, lorsque les deux systèmes de règles qui se partagent le droit patrimonial de la famille sont, ou ne sont pas, dans un rapport de complémentarité.

35. Dans le cas de complémentarité, le procédé le plus naturel nous paraît être d'étendre le champ d'application du droit nouveau, ou de la règle nouvelle, au détriment de la règle ancienne, qui reculera. La condition du conjoint survivant, où le droit matrimonial et le droit successoral sont précisément dans une telle relation de complémentarité, nous en fournit un exemple caractéristique.

On sait que le droit des régimes matrimoniaux protège le logement familial en interdisant à chacun des époux, fût-il le propriétaire exclusif du logement, d'en disposer seul : il lui faut, à peine de nullité de l'acte, le consentement de son conjoint. Mais, d'un autre côté, le droit des successions et des libéralités ignore le droit du conjoint survivant au logement familial ; le droit du partage lui accorde seulement le bénéfice d'une attribution préférentielle du local d'habitation ; mais il n'y a pas de vocation successorale du conjoint survivant au logement familial, encore moins de réserve sur ce logement ; la liberté testamentaire de l'époux propriétaire du logement familial est donc entière au regard des principes du droit successoral. Supposons - c'est ainsi que l'espèce s'est présentée en jurisprudence - qu'un mari lègue à son frère le logement familial dont il est propriétaire; sa veuve peut-elle, pour conserver son logement, critiquer ce legs en se fondant sur l'article 215 C.Civ.? La Cour de cassation lui a refusé le secours de ce texte(51), au motif que l'article 215 al. 3, du Code civil, "qui protège le logement de la famille pendant le mariage, ne porte pas atteinte au droit qu'a chaque conjoint de disposer de ses biens à cause de mort." Campée sur un principe de droit successoral - la liberté testamentaire - la Cour de cassation repousse ici un principe de droit matrimonial - la conservation du logement familial - en le cantonnant à la durée du mariage. Il est pourtant clair que, pour le conjoint survivant, le régime matrimonial a une fonction de prévoyance, quasi-successorale ; ne pouvait-on pas, en "tirant" sur la règle nouvelle de protection du logement

familial, fabriquer, par voie d'interprétation, une quasi-réserve du conjoint survivant - un droit viager par exemple? Dans ce conflit de normes, qui est aussi un conflit de valeurs, la préférence devrait aller à la "force neuve" du principe le plus jeune(52).

36. Hors le cas de complémentarité, les deux systèmes de normes peuvent, en pratique, s'ignorer. Il n'y a point de conflit direct à craindre. Pratiquement, un droit successoral abstrait, où la dévolution se règle sans considération de la nature des biens ou de la condition des personnes, peut coexister avec un droit matrimonial concret où ces considérations commandent au contraire une pluralité de régimes juridiques. Pratiquement, un droit successoral légaliste peut cohabiter avec un droit matrimonial volontariste. C'est peut-être une manie civiliste que d'aspirer à nouveau à la cohérence d'ensemble du droit matrimonial de la famille ; mais comme c'est la même soif de "raison" qui explique aussi la codification, on se sent ici autorisé à l'exprimer : l'esprit d'un droit ne peut rester coupé en deux.

Ce que cette exigence impose alors à l'interprète, ce n'est pas de donner la préférence à une règle (nouvelle) sur une autre règle (ancienne) ; c'est d'interpréter la règle ancienne à la lumière des principes nouveaux - mieux, d'y insuffler, autant que faire se peut, la philosophie de la loi nouvelle. On sait, par exemple, que le nouveau droit patrimonial de la famille a libéré les volontés individuelles, multiplié les choix : pourquoi l'antique prohibition des pactes sur succession future, dont les motifs ne se comprennent plus et qui a déjà reculé sur de nombreux points(53), ne cèderait-elle pas devant le principe inverse (la validité, sauf prohibition légale expresse)? Les textes où l'on a puisé le principe de prohibition le permettraient(54) ; le seul effort demandé à l'interprète - mais il est grand - est d'inverser une habitude de lecture. Le même effort d'interprétation pourrait desserrer les derniers carcans des rapports patrimoniaux entre époux - la prohibition des ventes, la "chasse" aux donations déguisées. Rien de cela n'est facile, ni sans danger ; en chaque interprète, l'homme ancien s'inquiète ; qu'au moins il sache sentir, au bord de ses vieux textes, le vent qui vient du Code nouveau.

NOTES :

1. G. Cornu, "L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil", Cours D.E.S., Paris 1970-1971, p. 3.

2. Fenet, Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil, t. 1, Paris, 1827, "Discours préliminaire sur le projet de la Commission", p. 476.

3. "L'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles" ("Discours préliminaire", Ibid., p. 467)

4. V. les travaux de la Commission de révision du Code civil, instituée par d. 7 juin 1945 (8 vol., Sirey, 1955 et l'avant-projet de Code civil comprenant un Livre préliminaire et un Livre 1er "Des personnes physiques et de la famille".

5. Carbonnier, Droit civil, t.1, nº 15 ; Cornu, Droit civil, t.1, nº 295.

6. Flexible droit, "Textes pour une sociologie du droit sans rigueur", 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1979 et "Essai sur les lois", Rép. not. Defrénois, 1979.

7. "L'apport des réformes récentes..." op. cit., supra, note 1.

8. Id., p. 80 et s.

9. J. Carbonnier, "Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux", (1968), vol. 14 McGill L. Journal, 590.

10. G. Cornu, op. cit., supra, note 1, p. 158.

11. Id., p. 17 et s.

12. V. les enquêtes faites en vue de la réforme des régimes matrimoniaux, Sondages, 1967, analyse de Mme Massé-Simeray, introduction de M. Terré et postface de M. Carbonnier ; F. Terré, "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux", L'année sociologique 1965, p. 1 et s. V. aussi l'enquête sur "les attitudes des français à l'égard des successions," Sondages, 1970.

13. Cornu, op. cit., supra, note 1, 32 et s.

14. J. Carbonnier, Flexible droit, "Les hypothèses fondamentales de la sociologie juridique théoriques", p. 13 : l'auteur définit le pluralisme juridique comme la coexistence, au sein d'un même système, de plusieurs ordres juridiques, de plusieurs foyers autonomes et rivaux de droit. À un niveau inférieur - celui des institutions et des règles - on comprend le pluralisme législatif comme la coexistence dans une même loi de "modèles" différents, de types concurrents. Cf. G. Cornu, op. cit., supra, note 1, p. 39.

15. Tadevossian, "La famille, le droit et le développement social en U.R.S.S.", et TSIEN Tche-Hao, "L'influence politico-économique dans la transformation du système familial chinois", in Droit, Famille, et changement social dans les sociétés contemporaines", VIII[e] Journée d'études juridiques Jean Dabin, 1978, L.G.D.J., Paris, pp. 87 et 121.

16. Ce qui fait dire qu'au fond, cette législation permissive n'est rien moins que neutre ; merveilleusement accordée à la philosophie de l'État post-industriel ou de la "société libérale avancée", elle étendrait à la famille "un modèle de société qui gouverne depuis deux siècles les rapports de production de la société occidentale des deux côtés de l'Atlantique". (F. Rigaux, Préface à Droit, famille et changement social, op. cit., supra, note 15, p. XIII.

17. V. Carbonnier, Préface à La réforme de la filiation, par Massip, Morin et Aubert, 3e éd. Paris, 1976.

18. V. M.A. Glendon, "La transformation des rapports entre l'État et les familles dans l'évolution actuelle du droit aux États-Unis", in Droit, Famille et changement social, op. cit., supra, note 15, p. 11 et s., n° 60.

19. J. Carbonnier, op. cit., supra, note 14, p. 14.

20. Qui s'autorise de la Maxime de Paul "non omne quod licet honestum est", Dig. Lib. L, Tit. XVII, § 144.

21. J. Carbonnier, Droit Civil, t. 2, 1977, p. 14.

22. C'est ainsi que l'exposé des motifs de la loi de 1885 résume le résultat de cette enquête.

23. G. Cornu, "La filiation", "Réformes du droit de la famille", Archives de philosophie du droit, 1975, t. 20, p. 28 et s., p. 41.

24. L'expression est de J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, [183], p. 413.

25. L'enquête sur "Les attitudes des Français à l'égard des successions "révélait à la fois une aspiration à l'égalité des enfants légitimes et naturels et résistance à l'égalité dès lors qu'il était question de l'enfant adultérin - v. les remarques de J. Carbonnier et F. Terré dans la Préface et l'Introduction à l'étude des "attitudes des français à l'égard des successions, Sondages, 1970, n°. 4, pp. VII et XV.

26. V. L. Raucent, "Quel droit patrimonial pour quelle famille?", in Droit, Famille et changement social, précité, supra, note 15, p. 226 et s.

27. J. Carbonnier, "Cinquante années de transformations de la famille française", Flexible droit, p. 139 et s.; v. aussi Vs Famille, législation et quelques autres, p. 165 s., not. "Rétrécissement (théorie du)", "Évolution de la famille", "Types" (principe de la pluralité des).

28. L. Raucent, op. cit., supra. note 26, n° 41.

29. C'était en 1978 - J. Carbonnier, Discours de clôture du 75e Congrès des notaires de France, La Baule, France, 1978, Compte-rendu, p. 72. On notera que l'inégalité des patrimoines (des fortunes) est de beaucoup plus forte que l'inégalité des revenus ; le patrimoine moyen des foyers d'ouvriers et des foyers de cadres supérieurs est dans un rapport de 1 à 5,3 ; le revenu moyen disponible des mêmes foyers est dans un rapport de 1 à 2,1 ou 2,2 seulement (Fourastié, Le jardin du voisin, les inégalités en France, 1980, p. 102).

30. L'expression est de PH. Malaurie, Cours de Successions, Les cours de Droit, Paris, 1979-1980, p. 9.

31. Cette opinion est discutée ; l'égalité parfaite semble buter sur la lettre de certains textes (v. A. Ponsard, "L'interprétation par la Cour de cassation de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux", Mélanges Flour, p. 386 et s. ; elle n'est en tout cas pas partagée par ceux qui se proposent justement de réformer cette matière pour y parfaire l'égalité entre époux. V. le projet de loi du 13 décembre 1978, Doc. Parl. Sénat n° 278.

32. J. Carbonnier, précité, supra, note 9, 590, à la p. 596.

33. J. Carbonnier, "Réflexions de politique législative", in Essai sur les lois, p. 52.

34. G. Cornu, Droit civil, t.1, n°. 880 et s.. Il est très significatif, que ces catégories nouvelles correspondent à la perception immédiate des biens, dans l'opinion française. V.F. Terré, Sondages, 1970, Introduction, p. XIV.

35. J. Carbonnier, in Le statut matrimonial du Français, Travaux du 75e Congrès des Notaires de France, La Baule, France, 1978, t.1, "Réflexions de politique législative", p.6.

36. V. le tatbleau de ces réformes dans Vialleton, "Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le Code civil", in Mélanges Maury, p. 577.

37. Vialleton, op. cit., supra, note 36, p. 591.

38. L. 13 déc. 1961 sur l'attribution préférentielle, complétée en 1970 (L. du 23 juillet 1970) et en 1980 (L. 4 juillet 1980); L.13 juillet 1963 augmentant la quotité disponible entre époux, mod. par la L.3 janvier 1972 (art. 1094, et s. C. civ.); L. 28 déc. 1967 relative aux donations entre époux (art. 1099-1 C. civ.); L. 3 juillet 1971 relative aux rapports, à la réduction et au partage d'ascendant, (art. 855,858 s., 922, 924 C. Civ.); L. 3 juillet 1971 relative aux clauses d'inaliénabilité dans les libéralités, (art. 900 C. civ.); L. 3 janvier 1972, en ce qu'elle a réformé les droits successoraux des enfants naturels et, par contrecoup, ceux du conjoint survivant, (art. 733, 744, 747, 756 à 767, 908 à 908-2, 913 à 915-2, 1094 à 1094-3, 1097 et 1098 C. civ.); L. 31 déc. 1976 relative à l'indivision, (art. 815 à 815-13 et 1873-1 à 1873-18); L. 4 juillet 1980, loi d'orientation agricole, en ce qu'elle a modifié les règles d'attribution préférentielle des baux ruraux et le régime de la créance de salaire différé.

39. V.P. Catala, "La réforme des liquidations successorales", Paris, Rép. Not. Defrénois, 1973, n° 8, p. 32.

40. L'expression est de J. Patarin, "L'anticipation successorale", Cours D.E.S., Paris, 1973-1974.

41. J. Foyer, Préface à "La dévolution successorale", Travaux du 72e congrès des notaires de France, Deauville, 1975, p. IV.

42. Conforme à l'attente de l'opinion française; v. "Les attitudes des Français à l'égard des successions", Sondages, 1970, n° 4.

43. J. Renauld, conclusions au "Statut civil du conjoint survivant," 1970, p. 535 ; rappr. Carbonnier, "L'immense foule des vieilles dames usufruitières aux mains débiles et inexpertes", Droit civil, t.3, 8e éd. [56], p. 132.

44. Renauld, op. et loc. cit., supra, note 43.

45. C'est aussi, semble-t-il, une atteinte populaire en même temps qu'une requête de la pratique notariale; v. Sondages, 1970, n°4, pp. 85-95 et "La dévolution successorale", précité, supra, note 41.

46. V. Sondages, 1970, précité, supra, note 45: 72% des sondés se prononçaient pour le maintien de la réserve.

47. V. "La dévolution successorale", op. cit., supra, note 41, p. 317 et s.

48. L. Rancent, op. cit., supra, note 26, p. 251.

49. J. Carbonnier, Préface à "La réforme des liquidations successorales" de P. Catala, précité, supra, note 39, p. 18.

50. G. Cornu, précité, supra, note 1, p. 174.

51. Civ. 1ere, 22 oct. 1974, note civil. Chartier, J.C.P. 1975. II. 18041 et Foulon - Piganiol, D. 1975, 645; Nerson, Rev. Trim. Dr. Civ., 1975, p. 293 et Ponsard, "L'interprétation par la Cour de Cassation de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux", Études Flour, 383, à la p. 390.

52. G. Cornu, Les régimes matrimoniaux, Paris, P.V.F., pp. 101-102.

53. A. Lucas, "Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif", Rev. Trim. Dr. Civ., 1976, p. 456 et s.

54. J.F. Vouin, "La prohibition des pacres sur succession future", Thèse, Paris, 1967, p. 113 ; J. Patarin, "L'anticipation successorale", op. cit., supra, note 40, p. 24.

Me Julien Mackay :

Merci, monsieur le professeur Rémy. Pierre Daninos, en matière de pluralisme, avait fait dire au major Thompson : "La France est divisée en 60 millions de Français".

Maintenant, je vous présente monsieur le professeur Ernest Caparros, professeur titulaire de droit civil à l'Université d'Ottawa et membre du Comité de direction scientifique de l'Institut de droit privé comparé de l'Université McGill.

M. Ernest Caparros :

1. Le temps qui nous est alloué ne nous permet pas de faire de grands développements. Il faut, davantage, se limiter à l'esquisse, à brosser de quelques traits rapides des idées qui pourraient catalyser une discussion plus approfondie. Dans cette perspective, il sied de mettre en lumière, à titre d'introduction, trois idées :

- le conflit des valeurs,
- la prise de conscience concernant le langage, et
- l'instrument technique de la mise en oeuvre des valeurs, soit le Code civil.

A Le conflit des valeurs

2. Le Code civil a été, dans le monde occidental, l'un des véhicules qui a recueilli, transmis et inséré dans le tissu social les valeurs de la civilisation judéo-chrétienne. Si l'on étudie la formation du droit civil occidental, il est aisé de s'apercevoir comment les valeurs de la culture chrétienne se greffent au cadre technique du droit romain, pour le féconder dans bien des domaines. Ces valeurs sont présentes dans une grande diversité d'institutions du droit civil. Ainsi, par exemple, l'interdiction du serment catalyse la sincérité dans les relations contractuelles et constitue l'un des éléments à la base du consensualisme.

3. Ces valeurs, souvent appelées traditionnelles, si elles sont importantes dans tous les domaines du droit civil, acquièrent une importance capitale dans la réglementation du droit de la famille. La stabilité du mariage, la préférence accordée à la filiation dans le mariage sont des exemples qui ont des ramifications multiples en

droit civil et même dans certains aspects du droit patrimonial de la famille.

Cependant, ces valeurs qui faisaient partie du quotidien social accepté et reconnu, bien que pas toujours vécu, d'une société presqu'exclusivement chrétienne (nous nous plaçons dans la perspective québécoise), sont contestées par des secteurs de cette même société qui, se disant pluraliste, ne veulent plus accepter des valeurs immanentes. L'on perd alors de vue le caractère objectif de certaines valeurs, pour se ranger, avec le positivisme et le sociologisme juridique, du côté de valeurs subjectives, qui changent au gré du temps. Le législateur peut aller jusqu'à perdre de vue le bien commun et rechercher ce qui semble correspondre à un intérêt de la collectivité, difficile à saisir.

Le législateur considère qu'il ne doit pas se prononcer sur la moralité de certains comportements et, encore moins, réglementer dans le but de les favoriser ou de les condamner. Ce faisant, il porte implicitement un jugement de valeur : celui de laisser à chaque individu le soin de décider de la portée sociale de ses gestes.

4. Dans ce conflit de valeurs, le souci de faire correspondre le droit à la réalité sociale, sans se prononcer sur la qualité de cette réalité, a conduit bon nombre de législateurs à rejeter des valeurs traditionnelles tout simplement parce qu'elles étaient traditionnelles, sans s'arrêter à savoir s'il ne serait pas souhaitable d'en conserver quelques-unes dans la réglementation. Paradoxalement, dans beaucoup de milieux, à côté d'une résurgenge d'éléments culturels traditionnels (artisanat, mobilier, folklore, etc.), rattachés davantage à des aspects matériels de la société, il y a un rejet, presque aussi marqué, des éléments culturels de notre société qui correspondent davantage aux aspects moraux de la vie en société. Il s'agit d'une constatation qui pourrait se généraliser à la culture occidentale, et dont il ne sied pas ici de pousser plus avant l'analyse.

B La prise de conscience concernant le langage

5. Si on fait la comparaison, au niveau du langage, entre le Code civil du Bas-Canada, le Projet de Code civil du Québec de l'Office de révision du Code civil et le Livre II du Code civil du Québec, force nous est de constater qu'il y a eu une sérieuse prise de conscience et un effort très poussé pour présenter les nouveaux textes du

Code civil dans un langage accessible et dans un français fort correct. Du langage souvent intriqué et vieillot du Code civil du Bas-Canada, l'on est passé à une langue normalement simple et moderne, tout en conservant, au besoin, dans le Code civil du Québec, des mots ou des phrases enracinés dans l'ancien droit.

6. Certes, cet effort a été porté au texte français du Code, et en parcourant les débats en Commission parlementaire, il est possible de relever une multitude d'interventions du ministre de la Justice proposant des amendements à de nombreux articles, dans le but d'améliorer la rédaction, s'appuyant toujours sur l'opinion du linguiste.

Il est possible de regretter, cependant, que le même soin n'ait pas été porté au texte anglais du Code civil du Québec. En effet, alors que les textes anglais du Code et des lois du Québec pouvaient être présentés comme exemple aux autres juridictions bilingues du Canada, dans lesquelles les textes français étaient souvent pitoyables, le texte anglais du Code civil du Québec ne pourra pas jouer ce rôle exemplaire, à moins que des modifications linguistiques ne soient introduites par le législateur.

C <u>L'instrument technique de la mise en oeuvre des valeurs: le Code civil</u>

7. Au point de vue technique, un Code civil met en oeuvre des valeurs retenues par le législateur, tout en manifestant des valeurs qui lui sont intrinsèques. Ainsi, les principes qui ont guidé la codification et l'unité que le Code renferme dans sa réglementation des diverses branches du droit civil ne sont que deux des valeurs intrinsèques à un Code qu'il convient de souligner. Ces valeurs servent de guide aux interprètes et permettent de donner à un Code toute sa modernité, malgré son âge éventuel. Elles promettent à un Code civil une longue vie sans trop de risque de s'ankyloser.

8. Mais pour ce faire, il faut en premier lieu que la codification ait été guidée par un ensemble de principes généraux fort bien établis. Ce ne semble pas avoir été la démarche que l'Office de révision du Code civil a suivie.

Il faut, en outre, que le Code ne soit pas traité par le législateur comme une autre loi statutaire

quelconque qu'il est possible et même nécessaire de modifier souvent et rapidement.

9. Il a été affirmé qu'il était impossible de sanctionner le Code civil dans son ensemble et qu'il convenait de procéder par étapes. Cette façon de procéder est, certes, la plus facile. Il reste à voir si elle est la plus conforme à une codification du droit civil. Le simple fait que le Québec se retrouve depuis le 2 avril 1981 avec deux Codes civils, l'un, le Code civil du Québec, avec tendance à prendre toute la place et l'autre, le Code civil du Bas-Canada, avec tendance à disparaître, indique déjà une fâcheuse anomalie dans les pays de droit codifié. La valeur intrinsèque d'unité est perdue, ou du moins le sera-t-elle pendant le temps où nous aurons deux codes.

Enfin, une dernière remarque : le Rapport des Codificateurs, employé avec tant de profit en relation avec le Code civil du Bas-Canada, n'existera pas - si la réforme continue comme elle s'est engagée - pour le Code civil du Québec. L'Office de révision du Code civil a publié ses commentaires aux articles du Projet de Code civil, mais comme le législateur a pris ce Projet comme document de travail et y a introduit de nombreuses modifications, il ne sera pas facile d'accorder aux commentaires de l'Office la même valeur qu'au Rapport des Codificateurs.

Quant au législateur, ses commentaires techniques concernant le nouveau Code civil peuvent s'inscrire avec une grosse plume sur la pointe d'une épingle. Il y a là un très sérieux mépris du législateur pour les interprètes ; d'autant plus que les débats en commission parlementaire contiennent plutôt des commentaires politico-juridiques qu'une explication exclusivement juridique de la réforme.

D Délimitation du sujet et plan

10. Cette esquisse introductive pourrait ouvrir bien des voies à une discussion, mais notre tâche est de nous centrer sur les relations d'ordre patrimonial à l'intérieur de la famille. Cependant, puisque ce texte est préparé dans la perspective du Code civil du Québec, force nous est de restreindre l'ordre patrimonial aux régimes matrimoniaux, puisque le législateur québécois n'a pas considéré opportun, outre quelques broutilles électoralistes,

de procéder à la réforme des successions et des libéralités.

Dans ce contexte, nous présentons notre réflexion en deux volets : le premier nous permettra de souligner les manifestations patrimoniales des valeurs de solidarité familiale ; le second nous conduira à mettre en lumière les contradictions auxquelles on aboutit lorsqu'on méprise les valeurs de codification.

I LES MANIFESTATIONS PATRIMONIALES DES VALEURS DE SOLIDARITÉ FAMILIALE

11. Lorsque des valeurs comme celle de la stabilité familiale sont battues en brèche, le législateur, même sans vouloir porter un jugement de valeur, ressent le besoin d'adopter des mesures qui puissent maintenir la solidarité familiale. Et, dans une société de consommation, ou, si l'on veut employer un terme plus fort, dans une société matérialiste, le législateur se tourne davantage vers des mesures d'ordre économique. Sur ce canevas, cependant, il est possible de découvrir deux aspects qui soulignent les valeurs de solidarité familiale : le premier se manifeste par l'approfondissement du rôle des conjoints, le second met en lumière la découverte des droits de la cellule familiale.

1. L'approfondissement des rôles des conjoints

12. Un approfondissement de l'importance des rôles des conjoints a conduit à établir qu'ils n'étaient pas nécessairement différents et que, même lorsqu'ils l'étaient, ces rôles avaient une importance égale. Cette prise de conscience se manifeste par l'établissement de l'obligation mutuelle de contribuer aux besoins de la famille, par l'attribution des droits-fonctions suivant des critères de coordination et, aussi, par une insertion, plus poussée qu'auparavant, du partage des biens à la dissolution du régime matrimonial.

1.1. L'obligation mutuelle de contribuer aux besoins de la famille

13. Alors que l'obligation de subvenir aux besoins de la famille reposait sur la tête du mari dans les Codes du XIX^{e} et du début du XX^{e} siècle, l'approfondissement du rôle des conjoints au sein de la famille a conduit les législateurs contemporains à imposer cette obligation aux deux conjoints. Certes, l'on ne peut pas ignorer que, même dans les Codes du XIX^{e} siècle, la femme n'était pas

toujours étrangère à cette contribution, notamment dans un régime comme le dotal, où la dot était principalement affectée ad sustinenda onera matrimonii. Néanmoins, c'était le mari qui assumait cette obligation, qui avait, vis-à-vis le tiers, une autre manifestation dans le mandat domestique ou dans le pouvoir de clés. En caricaturant, il serait permis d'affirmer que dans la société du XIX^{e} siècle le mari était le pourvoyeur de fonds alors que la femme s'occupait de les dépenser.

14. Les changements sociaux et, parmi d'autres éléments, celui du rôle grandissant des femmes dans le monde du travail rémunéré, ont conduit à reconnaître que l'obligation de contribuer aux besoins de la famille devait être assumée par les deux conjoints, même si chacun pouvait, éventuellement, s'acquitter selon des modalités différentes, aussi bien quant à la valeur de la contribution (l'expression "selon les facultés respectives" en est une preuve, art. 445 C.civ.Q.), que quant à la forme (par exemple : "par son activité au foyer", art. 445 C.civ.Q.).

En outre, certains Codes sont allés jusqu'à affecter prioritairement les biens des conjoints à la satisfaction des besoins de la famille, affectation qui se trouvait déjà dans le Code hollandais dès 1958 et qui a été insérée dans le Code civil espagnol lors de la réforme du 19 mai 1981 (art. 1318, C.c.esp.). Le législateur québécois n'est cependant pas allé aussi loin dans ses mesures de protection d'ordre patrimonial.

15. Par ailleurs, par rapport aux créanciers, le mandat domestique a été abandonné au profit de la solidarité. Néanmoins, ce changement, qui s'est produit assez tôt dans les ordonnancements juridiques codifiés, a été lent à venir et fort laborieux en droit québécois. L'Office de révision ayant rejeté la solidarité jusqu'à son Rapport final, c'est finalement le législateur qui l'a introduit dans le Code civil du Québec. Cependant, comme la solidarité est encore réglementée dans le Code civil du Bas-Canada, il est possible que, confrontés à l'interprétation de l'article 446 du Code civil du Québec, l'on puisse arriver à conclure qu'il s'agit plutôt d'une obligation in solidum, du moins jusqu'au moment où l'article 158 : V du Projet de Code civil sera mis en vigueur.Et ce, malgré l'intention du législateur favorisant la solidarité des conjoints dans les dettes contractées pour les besoins de la famille. En effet, l'article 1105 du Code civil du Bas-Canada peut, à la rigueur, conduire à une telle interprétation. Nous avons là une des contradictions qui peuvent surgir lorsqu'on a deux Codes civils.

1.2. L'attribution de droits-fonctions suivant des critères de coordination

16. Ce même approfondissement des rôles des conjoints a permis de constater qu'il ne convenait plus de confier à l'un des conjoints des droits-fonctions, et par conséquent des pouvoirs, plus étendus qu'à l'autre. Une telle situation avait conduit à une relation de subordination à l'intérieur de la famille. Et bien que cette relation pouvait être, dans nombre de cas, plus légale que réelle, elle n'en n'était pas moins gênante. Ainsi, par exemple, l'autorité paternelle a été changée en autorité parentale. Plus concrètement, dans le domaine des régimes matrimoniaux, les droits-fonctions, qui étaient au départ retenus de façon absolue par le mari en communauté de biens, ont subi un processus de transformation qui s'achève avec les techniques de coordination que l'on connaît, non seulement dans des régimes de participation aux acquêts, comme la société d'acquêts du Québec, mais aussi dans certains régimes de communauté, comme en Hollande.

De cette façon, les deux conjoints détiennent des droits-fonctions identiques en rapport avec leurs biens et, à l'occasion, ils seront obligés d'agir suivant la règle du concours, le consentement des deux étant alors requis.

17. Les techniques de coordination soulignent ainsi l'importance égale des rôles des conjoints. Cependant, comme auparavant la subordination pouvait être plus légale que réelle, d'égale manière la coordination pourra aussi être plus légale que réelle. En effet, même si les deux conjoints détiennent des droits-fonctions identiques sur leurs biens, il peut certes arriver que le patrimoine respectif ne soit pas égal. Cependant, cette inégalité de facto pourrait n'être que temporaire, puisque, au moment de la dissolution du régime matrimonial, elle sera corrigée par le partage.

1.3. L'importance accrue de la fin du partage

18. Affirmer que la fin du partage était absente des Codes du XIX^{e} siècle serait certes une erreur. Mais, souligner que cette fin a acquis une importance prépondérante dans la réglementation des régimes matrimoniaux, au XX^{e} siècle, est une vérité facile à vérifier. Il suffit de faire un tour d'horizon des réformes introduites dans le droit patrimonial de la famille dans les derniers soixante

ans, pour constater qu'aucun ordonnancement juridique n'a adopté un régime d'indépendance des patrimoines comme régime légal. Bien sûr, les pays dont les codes sont tributaires du Code Napoléon, ou encore ceux qui ont reçu leur influence à travers le Code espagnol, avaient déjà leur régime dont la fin était le partage des biens, que ce soit une communauté universelle ou de meubles et acquêts ou que ce soit plutôt une société d'acquêts. Mais parmi les pays qui ont subi l'influence du B.G.B. avec leur régime d'indépendance des patrimoines (l'usufruit marital) et, peut-être à l'exemple de la réforme des années 1950 en Allemagne de l'Ouest, un bon nombre abandonnent ce régime pour se ranger du côté d'un régime de partage des biens. De même, l'Italie qui conservait farouchement comme régime légal principal la séparation de biens - en fidèle héritière du droit romain - a aussi adopté, en 1975, un régime de partage de biens, la communione legale. Également les pays de l'Est, peut-être bien davantage pour des raisons idéologiques, abandonnaient, dès le premier tiers du siècle, les régimes de séparation de biens pour adopter des régimes de partage de biens.

Plus frappant encore est le mouvement de réforme législative qui s'est manifesté, dans la dernière décennie, chez nos voisins de common law au Canada. Tout en ignorant toujours l'institution du régime matrimonial, telle qu'elle est connue et réglementée dans les Codes civils, ces législations ont introduit avec force la notion du partage de biens dans le droit patrimonial de la famille.

19. Cette tendance, presque universelle, vers le partage de certains biens lors de la dissolution du régime matrimonial, vise à établir un équilibre patrimonial entre les conjoints, tout en reconnaissant à la fois qu'il ne suffit pas de dire que les conjoints sont égaux ou qu'ils détiennent les mêmes droits-fonctions. Le but du partage sous-tend ainsi un critère de justice distributive et reconnaît que certains rôles non rémunérés au sein de la famille doivent recevoir leur juste part du patrimoine, qui a été constitué aussi grâce à leur contribution.

20. À cet égard, le Code civil du Québec est allé au-delà de la démarche générale des pays codifiés. En effet, en plus de maintenir un régime de partage des biens (la société d'acquêts) comme régime légal, il a introduit la notion de prestation compensatoire (art. 459, et 559 du C. civil du Québec et art. 735.1, C.civ. Bas.-Can.), qui permettra à l'un des conjoints, lorsque ces dispositions

seront en vigueur*, de demander une part du patrimoine, même non partageable, de son conjoint.

Le législateur québécois est allé, ainsi même, à l'encontre de l'un des principes qu'il a claironné comme étant à la base de cette réforme, soit celui de la liberté des époux dans le choix de l'organisation de leur union. Cette prestation compensatoire pourra leur être imposée même si, dans l'exercice de cette liberté, qui existe d'ailleurs dans tous les ordonnancements codifiés occidentaux, ils avaient choisi conventionnellement un régime d'indépendance des patrimoines, par exemple la séparation de biens.

En outre, ce greffe de common law, et plus précisément d'une certaine jurisprudence antérieure à la législation statutaire récente, cadre mal dans un ordonnancement codifié qui a comme régime légal un régime de partage des biens.

Malgré ces critiques, qu'il ne sied pas ici de développer plus avant, la prestation compensatoire souligne davantage l'importance accrue de la fin du partage et va même jusqu'à mettre en évidence la recherche d'une redistribution du patrimoine acquis par les conjoints dans un but de justice distributive. Ce qui ne lui enlève pas la contradiction avec l'un des principes de la réforme, ainsi que l'accroc technique qu'elle manifeste dans un droit codifié.

21. Mais les législateurs ne se sont pas limités à approfondir les rôles des conjoints en tant qu'individus fondateurs de la famille, ils ont aussi fait la découverte des droits de la cellule familiale.

2. La découverte des droits de la cellule familiale

22. Deux aspects peuvent suffire à mettre en lumière cette découverte des droits de la cellule familiale : la protection du cadre physique de la famille et la protection de la cellule familiale contre les agissements de l'un de ses membres.

---

* Note de l'éditeur : seul l'article 559 n'est pas encore en vigueur.

2.1. La protection du cadre physique de la famille

23. La protection de la demeure familiale a retenu l'attention des législateurs depuis au-delà d'un demi-siècle et le législateur québécois l'a aussi introduite dans le nouveau Code civil. Malheureusement, de même que certaines guerres ont été perdues parce que l'intendance n'avait pas suivi, de même cette valeur de protection du milieu physique familial, notamment lorsqu'il s'agit d'une résidence dont l'un des conjoints est propriétaire, risque de n'être qu'une protection théorique, parce que la technique juridique appropriée n'a pas été retenue. En effet, la technique de l'enregistrement de la déclaration de résidence ajoute un carcan inutile à la mesure de protection et il est permis de se demander si la volonté politique de protéger la résidence familiale était aussi franche qu'elle était claironnée.

Certes, pour défendre l'enregistrement de la déclaration de résidence, la protection des intérêts des tiers a été fortement invoquée et, il semble bien que la protection des tiers l'a emporté sur celle de la résidence familiale. Il n'est pas question, bien sûr, d'accorder à la famille, sous le couvert de la protection de la résidence, un outil pour frauder les tiers, mais plutôt de trouver la technique juridique qui aurait permis de maintenir l'équilibre et de protéger aussi bien les uns que l'autre. Mais cela n'a pas été atteint. Espérons que la réglementation complète concernant les registres de l'état civil, qui devrait se trouver dans une prochaine tranche du Code civil du Québec, permettra d'atteindre cet équilibre et de protéger ainsi efficacement la résidence familiale.

2.2 La protection de la cellule familiale contre les agissements de l'un de ses membres-fondateurs

24. Des législateurs ont employé à plusieurs reprises la voie de l'interprétation judiciaire afin de protéger la cellule familiale contre les agissements anti-familiaux de l'un de ses membres-fondateurs.

Les interventions judiciaires que nous retenons ici sont de deux ordres. D'un côté, le recours au tribunal s'est généralisé à mesure que l'approfondissement des rôles des conjoints conduisait à confier aux époux des droits-fonctions dans un contexte de coordination. En effet, la décision majoritaire, lorsqu'elle revient seulement à deux personnes, conduit nécessairement à l'unanimité ou à l'impasse. L'intervention judiciaire permet de

surmonter l'impasse, qui a pu être provoquée par un comportement contraire aux intérêts de la famille.

Mais, de l'autre côté, le tribunal pourra aussi intervenir pour contraindre l'un des conjoints à assumer des responsabilités qu'il néglige et pouvant ainsi nuire à la famille qu'il a fondée.

25. Le législateur québécois a certes réglementé dans le nouveau Code civil, d'une façon plus étendue qu'elles l'étaient auparavant, les interventions judiciaires, pour éviter les impasses provoquées par le refus de l'un des conjoints, lorsque ce refus de donner son consentement n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. Cependant, encore ici, il est possible de critiquer la technique du législateur québécois qui n'a pas fait l'effort de synthèse nécessaire afin d'éviter une multiplicité de dispositions. Il a ainsi négligé un aspect important dans un code civil, se rangeant davantage dans le genre des dispositions du droit non codifié. En effet, le principe sous-jacent dans ces dispositions (cf. art. 448, 456, 494) est le même : la règle du concours, avec les conséquences que nous venons de signaler. Il aurait suffi, dès lors, d'une seule disposition générale édictant l'intervention du tribunal, lorsque le refus de l'un des conjoints à donner son consentement n'était pas justifié par l'intérêt de la famille.

26. En revanche, l'intervention judiciaire afin de contraindre l'un des conjoints à assumer ses obligations eu égard à la contribution aux besoins de la famille, que l'on peut retrouver notamment en droit suédois, hollandais et français, a été écartée par le législateur québécois. Il a réglementé les sanctions qu'il est possible d'imposer au conjoint qui a outrepassé les pouvoirs que lui attribue le régime matrimonial (art. 479). Mais ce n'est pas de cette sanction dont il est question ici.Il s'agit de la possibilité pour l'un des conjoints de s'adresser au tribunal dans le but de contraindre l'autre à exécuter ses obligations concernant la satisfaction des besoins de la famille.

27. Ce bref aperçu permet de s'interroger sur la volonté du législateur de protéger efficacement la cellule familiale. Il semblerait que l'individualisme qui se dégageait du Code civil du Bas-Canada n'ait pas été complètement remplacé par cette tendance qui vise à reconnaître d'une façon ferme des droits à la cellule familiale.

Ainsi, les valeurs de solidarité familiale percent dans le Code civil du Québec, mais cela se produit, à l'occasion, trop timidement et souvent, à cause des techniques employées, il est possible d'affirmer que l'efficacité de ces mesures ne sera pas complète.

Il sied maintenant de s'attarder aux valeurs de codification.

II LES CONTRADICTIONS CAUSÉES PAR LE MÉPRIS DES VALEURS DE CODIFICATION

28. Les principes qui ont guidé une codification, ainsi que le fait de retrouver le droit civil, ou du moins ses parties les plus importantes, dans un même code, sont des valeurs intrinsèques à toute codification. C'est ainsi que l'interprétation et l'application du Code peuvent se faire de façon cohérente et que les dispositions peuvent garder leur souplesse, sans trop avoir besoin de modifications partielles.

Mais au Québec, ni le législateur, lorsqu'il confia cette tâche, ni les membres de l'Office de révision du Code civil avaient considéré nécessaire ou utile de s'arrêter à établir les principes de base qui devaient guider la révision du Code civil du Bas-Canada, principes qu'il aurait fallu retrouver dans le Code civil du Québec. Il est possible, ex post facto, d'en dégager quelques-uns. Mon propos, cependant, n'est pas de savoir si on peut retrouver, par la suite, les principes qui se dégagent d'un Code, mais plutôt de constater qu'il n'y en a pas eu pour guider sa rédaction. Force nous est, dans ces circonstances, de nous attarder à l'autre valeur intrinsèque d'un code : son unité. À la lumière de cette valeur, que le législateur québécois a méprisée, il est possible de signaler deux réalités qui vont en contradiction avec cette valeur d'unité : la première est la coexistence des deux codes, la seconde, la dichotomie de la réglementation du droit patrimonial de la famille. Si la première réalité porte atteinte à l'unité du Code, la seconde pourrait éventuellement avoir des conséquences plus néfastes, puisque l'un des ensembles du droit civil, le droit patrimonial de la famille, se trouve soumis au Code civil du Québec, avec ses nouvelles valeurs pour une partie (les régimes matrimoniaux et l'obligation alimentaire), alors que tout le reste de cet ensemble demeure réglementé dans le Code civil du Bas-Canada qui véhicule d'autres valeurs.

1 - La coexistence de deux codes

29. Le professeur Crépeau a été le premier à mettre visuellement en évidence cette anomalie avec son édition toute récente des Codes civils du Québec(1). À notre connaissance, le Québec est le seul pays codifié à jouir du fâcheux privilège d'avoir deux Codes civils en vigueur, s'adressant à la même population. Car il est possible de signaler des exemples qui se sont produits dans des pays où il y avait deux codes civils, mais dans ce cas - nous avons à l'esprit, par exemple, la situation de l'Égypte à un moment pas trop éloigné de son histoire - les codes renfermaient des réglementations dont l'application était personnelle plutôt que territoriale. Il est possible aussi de trouver - c'est le cas de l'Espagne - un Code civil, d'application générale, et des codifications de coutumes (les droits dits foraux) d'application territoriale limitée, qui ont, dans l'étendue de ces territoires, priorité sur le Code pour les domaines du droit civil qui y sont réglementés. Mais alors il n'y a pas de conflit, comme tel, des principes ou des valeurs en présence. Il s'agit d'une juxtaposition de deux codifications, mais non d'une coexistence de deux Codes, l'un réglementant encore presque tout le droit civil, malgré son âge vénérable, l'autre, tout jeune, qui ne s'occupe que d'une partie du droit de la famille.

Cette coexistence comporte des contradictions, car il est impossible d'appliquer le droit de la famille sans avoir besoin des notions du droit des personnes, des obligations, des successions, et tant et aussi longtemps que le Code civil du Québec n'aura pas pris toute la place, nous serons confrontés à des contradictions entre la volonté du législateur du Code civil du Québec et les dispositions explicites du Code civil du Bas-Canada.

De la même façon que le vieux dicton affirme qu'il vaut mieux un "tiens que deux tu l'auras", on peut paraphraser qu'il vaut mieux un Code complet que deux en partie.

30. L'on a fait grand état de la difficulté de promulguer d'un seul coup tout le Code civil et du besoin de faire la réforme par étapes. Il s'agit là davantage d'une décision politique que d'une exigence de la codification. Notre

---

1. Montréal, Soquij, 1983.

vénérable Code civil du Bas-Canada n'a pas subi ce sort de l'"étapisme" législatif, sans oublier qu'il y a cent quinze ans, les moyens techniques étaient beaucoup moins avancés qu'aujourd'hui.

Il serait possible de faire la comparaison avec un autre Code dont la révision tire à sa fin : le Code de droit canonique. Certes l'analogie n'est pas parfaite puisqu'il ne s'agit pas seulement d'un Code civil ; il englobe, en effet, tout le droit de l'église catholique ; en outre, étant un droit religieux, son application est personnelle. Cependant, comme ce droit personnel est appliqué dans les cinq continents, il est facile de se rendre compte des difficultés que cela peut supposer. Et pourtant, en quelque dix-huit ans et à la suite de nombreuses consultations à la grandeur du globe, le projet, auquel ont travaillé directement plus de deux cents personnes qui font partie de la Commission de révision à divers titres, est prêt pour une dernière révision et l'on espère qu'il sera promulgué, dans son ensemble, dans un avenir rapproché.

Il nous semble donc que quand on veut, on peut. Les raisons invoquées au Québec cachent davantage une volonté politique du législateur qu'une difficulté inhérente à la codification.

31. Mais il ne sied pas de continuer à énumérer des raisons qui militent en faveur de l'existence d'un Code civil plutôt que de la coexistence de deux Codes. Cela ne changera rien à la situation dans laquelle nous nous trouvons au Québec et aux contradictions qui iront se multipliant au fur et à mesure que nous serons confrontés à l'application de la tranche du Code civil du Québec qui est en vigueur, dans le contexte général du Code civil du Bas-Canada. Il convient cependant de souligner quelques aspects de la dichotomie de la réglementation du droit patrimonial de la famille.

2. La dichotomie de la réglementation du droit patrimonial de la famille

32. Il aurait été possible de souligner les problèmes que peut poser la dichotomie de tout le droit de la famille. Pour une part, elle est causée par le partage des compétences dans la constitution canadienne, mais cela n'a pas été le motif principal de la dichotomie, puisque le législateur québécois a sanctionné les dispositions concernant le mariage et le divorce, qui sont intégrées dans le Code

civil du Québec, même si l'Assemblée nationale n'a pas encore la compétence législative pour les mettre en vigueur. Le législateur québécois a choisi de légiférer sur le droit de la famille, tout en s'interdisant de modifier en même temps des ramifications nombreuses de cette partie du droit civil.

33. Ainsi, par exemple, le législateur a préféré retarder la restructuration des registres de l'état civil. À première vue, on pourrait prétendre que cela n'affecte pas le droit de la famille, et encore moins le droit patrimonial de la famille. Pourtant, dans le domaine du droit patrimonial de la famille, il est capital de ne pas négliger les effets de certains actes vis-à-vis les tiers.

Le fait que les registres de l'état civil n'aient pas mérité de se trouver dans la première tranche du Code civil du Québec a eu une double manifestation : d'un côté, sur la protection de la résidence familiale, de l'autre, sur l'effet à l'égard des tiers des régimes matrimoniaux ou des contrats de mariage. Cela peut sembler curieux mais, en rapport avec la résidence familiale, l'absence de registres complets a conduit le législateur à imposer la technique de l'enregistrement de la déclaration de résidence pour que celle-ci soit efficacement protégée. En revanche, la même absence de registres complets a conduit le même législateur à accorder un effet erga omnes à tout contrat de mariage et à tout régime matrimonial sans qu'ils soient enregistrés, même si l'on a conservé l'enregistrement au Registre central des régimes matrimoniaux.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de la résidence familiale, il faut protéger les tiers à tout prix, même si cela risque de ne pas protéger la résidence. Mais lorsqu'il s'agit d'un régime matrimonial conventionnel (car le régime légal, à la rigueur, n'a pas besoin d'être enregistré), on accorde plein effet au contrat de mariage, même si les tiers peuvent ne pas connaître les limites que les époux ont pu s'imposer par le contrat.

Cet exemple peut suffire à souligner les incongruités auxquelles il est possible d'arriver lorsqu'on sanctionne une tranche de Code civil sans se soucier des ramifications que cette partie du droit civil peut avoir ailleurs.

34. La dichotomie est plus frappante encore lorsqu'on regarde les éléments qui constituent l'ensemble du droit patrimonial de la famille. Le législateur s'est limité aux régime matrimoniaux et à l'obligation alimentaire, qui peut, dans une certaine perspective, être considérée comme faisant partie de cet ensemble. Outre quelques modifications mineures, il n'a pas entrepris, en même temps, la réforme du droit des successions, qui est intimement lié à la situation patrimoniale de la famille. Ainsi, par exemple, les difficultés que pose l'article 624c du Code civil du Bas-Canada concernant le choix à faire par le conjoint survivant lorsque le de cujus est décédé ab intestat, n'ont pas été réglées par le législateur, même s'il a introduit des modifications aux articles 624 et 625 du même Code. L'Office de révision du Code civil propose tout simplement l'abrogation de l'article 624c, éliminant désormais l'exigence de choisir entre les droits successoraux et ceux qui découlent d'un régime matrimonial, mais le législateur n'a pas considéré opportun de procéder ainsi. Peut-être que le législateur n'a pas osé toucher partiellement le droit des successions, mais il ne semble pas que cette préoccupation ait été sienne lorsqu'il a introduit dans ce code l'article 735.1, concernant la prestation compensatoire.

Ainsi, des aspects fort importants du droit patrimonial de la famille ont été complètement négligés et, pendant un temps, les successions continuèrent d'être régies par le Code civil du Bas-Canada. Même à l'intérieur des régimes matrimoniaux, si l'on pense à la communauté des meubles et acquêts, le législateur s'est limité à la placer en orbite ; il ne s'est même pas interrogé afin de savoir si des dispositions nouvelles, comme les articles 440 et 441, n'auraient pas un impact sur la réglementation qui se trouvait dans le Code civil du Bas-Canada.

CONCLUSION : Quand le capital politique l'emporte sur la codification

35. À la fin de cette réflexion, on pourrait penser que nous n'apprécions guère la réforme qui vient de commencer en droit québécois et que l'on n'y trouve que des aspects négatifs. Cette impression peut se justifier par le point de vue, décidément critique, que nous avons adopté, mais ne correspond pas au contenu de nombreuses dispositions de la première tranche du nouveau Code civil du Québec.

Cependant, dans la perspective des valeurs que nous avons retenues, il demeure évident, à notre avis,

qu'il n'y a pas eu une volonté politique suffisamment ferme, comme pour surmonter les difficultés techniques que la mise en vigueur de ces valeurs pouvait receler. La réforme a donc abouti à des demi-mesures, ou si l'on préfère, à un côtoiement de dispositions qui mettent en évidence, et avec force, des valeurs de solidarité familiale lorsqu'il est question des rôles des conjoints, alors que d'autres ne soulignent pas suffisamment, ou emploient des techniques inappropriées lorsque cette valeur de solidarité familiale se manifeste par la protection des droits de la cellule familiale.

36. Cependant, l'élément le plus critiquable de l'amorce de la réforme du Code civil au Québec est la démarche de capitalisation électorale du droit de la famille. Et il faut bien le souligner, ce n'est pas une critique que nous adressons au gouvernement actuel seulement. Au Québec, les réformes du droit de la famille, aussi bien en 1931 qu'en 1964 ou en 1969, ont toujours porté une teinte électoraliste et ce, indépendamment de la couleur du gouvernement au pouvoir.

Il est évident que cela est l'une des failles majeures ou, si l'on préfère, l'une des pierres d'achoppement de la codification dans un régime démocratique. Tout régime a ses failles, et celle-ci nous apparaît comme la principale, peut-être la seule, du régime démocratique. Le législateur a été élu et, même s'il l'a été, du moins théoriquement, afin de chercher le bien commun de la société, il sent la pression des prochaines élections et tâche peut-être de rechercher le bien commun, mais tout en ne perdant pas de vue sa réélection.

Ne devrait-on pas trouver un moyen de procéder à la réforme du Code civil qui limiterait l'impact de la dimension électorale? Une réforme en profondeur d'un Code civil ne doit pas être mise en vigueur par petites tranches, n'en déplaise aux partisants de l'opinion contraire. Pour que la réforme porte le fruit de son efficacité, il faut que les différentes parties s'intègrent dans l'ensemble du Code ; c'est le prix à payer pour que les diverses dispositions soient au diapason des valeurs véhiculées par le Code et pour éviter les contradictions au niveau des principes.

Mais si la dimension électorale est trop présente, il est possible que le titre Des sûretés réelles ou le Livre De la publication des droits soient rapportés

aux calendes grecques, car l'homme de la rue peut ne rien comprendre.

Une avenue à explorer serait de confier la réforme, avec un énoncé clair de la politique législative à suivre, une sorte de loi des principes de base, à un organisme indépendant des avatars politiques. Une fois l'avant-projet de réforme complété, le législateur pourrait vérifier si le projet correspond à la loi des principes de base.

Il pourrait faire les réajustements qui s'imposent au besoin, mais il devrait s'interdire d'entreprendre une aute réforme et encore moins de commencer par le deuxième étage plutôt que par les fondations de cette pièce maîtresse d'un ordonnancement juridique codifié qu'est le Code civil.

Mme Marie-Thérèse Meulders-Klein :

J'aimerais savoir comment ont été résolues les questions pratiques de la séparation de fait. Notamment, je songe à deux points qui, en Belgique, posent un problème parce que le législateur n'a pas songé à tout. Il a remplacé le mandat domestique de la femme mariée par la solidarité des dettes contractées dans l'intérêt du ménage et des enfants. Mais il a, en droit belge, en tout cas, complètement omis de préciser ce qui se passerait en cas de séparation de fait. Alors, à l'heure actuelle, tout le monde se casse la tête pour savoir si cette solidarité continue à jouer en cas de séparation de fait et cela, pour un motif très simple, c'est que cela met par terre l'économie prétorienne, qui a traditionnellement établi que celui qui est responsable de la séparation perd son droit et au secours et à la contribution aux charges du mariage. C'est donc un premier point.

Le deuxième point, c'est la cotitulature du bail. On aurait bien pu prévoir que, pour le logement familial, tous les actes relatifs au bail portant sur ce logement soient soumis au consentement des époux, mais prévoir qu'ils sont de plein droit cotitulaires de ce bail. Ce qui fait, qu'en réalité, la même question se pose de nouveau : si l'un des deux s'en va, l'autre continue bien sûr d'être cotitulaire du bail. Il y a même plus, c'est que l'on se demande où est ce logement familial en cas de séparation de fait. Par conséquent, si l'un des conjoints déménage avec les enfants, le logement familial principal va se trouver là où le conjoint a

déménagé et contracté un nouveau bail. Encore une fois, toute l'économie du système est par terre.

Troisième question, les actes de disposition du logement familial qui sont soumis au consentement de l'autre époux ; pendant combien de temps ce consentement est-il requis lorsque, par exemple, chacun des deux époux s'est remis en ménage ou bien s'est installé dans une situation définitive de séparation? D'après ce que je peux voir dans le Code civil du Québec, on n'a pas entrevu la question ; en France, il me semble qu'il y a une possibilité de retrait pour la solidarité, mais j'aimerais bien savoir si l'on s'est interrogé sur le statut de la séparation de fait comme on s'interroge sur le statut du concubinage. À mon avis, il y a une grosse lacune.

M. Ph. Rémy :

En France, on rencontre les mêmes problèmes, et dans le même ordre. On retrouve exactement la même incohérence en ce qui concerne la solidarité de plein droit entre époux et il n'y a pas non plus de solution légale prévue en ce qui concerne la cotitularité du bail. En ce qui concerne les actes de disposition du logement familial, peut-être le recours à certaines mesures d'urgence visant à interdire ou à permettre certains actes pourrait faciliter le saut par-dessus l'article 215 de notre Code. Il n'y a pas de règlement, dans l'ensemble, de la séparation de fait. Chez nous comme chez vous, la séparation de fait n'est saisie, ponctuellement, que comme une crise particulière de la vie du couple qui ne peut pas être l'objet d'un règlement d'ensemble ni contractuel, surtout pas amiable ni même judiciaire. Il n'y a que des mesures ponctuelles d'intervention, d'autorisation ou d'interdiction de justice. Nous retrouvons à peu près la même question chez nous. C'est certainement une lacune.

M. Caparros :

Ici, par rapport à la solidarité, pour employer les termes, même si ces effets n'y sont pas, on a eu à peine le temps de commencer à entrevoir les problèmes. Il n'y a rien de prévu. Mais, nous dit le deuxième alinéa de l'article 446, un "conjoint n'est pas obligé à la dette s'il avait préalablement porté à la connaissance du cocontractant sa volonté de n'être pas engagé", mais ici, par rapport au bail, ou à la propriété, il n'y a pas de cotitularité comme telle. Il y a simplement le besoin du consentement de l'autre conjoint pour en disposer. Nous parlons ici de la séparation de fait et non de la

séparation de corps au Québec. Ce n'est pas par rapport au bail autant qu'à la propriété; lorsqu'on a donné un avis au propriétaire ou lorsqu'on l'a enregistré, dans ces cas, si l'on pose un acte contre les titres sans le consentement du conjoint, l'acte sera nul. Mais il n'existe pas de cotitularité comme telle.

Quant aux actes de disposition de la demeure, par exemple, s'il y avait déclaration de la résidence enregistrée, il y a certaines dispositions qui se trouvent dans le Code civil du Bas-Canada, et l'on peut rayer l'enregistrement, c'est l'article 2148.1 du Code civil du Bas-Canada. On a introduit une série de modifications dans le Code civil du Bas-Canada, et si les deux époux qui sont séparés de corps ou divorcés y consentent, il n'y aura pas de problème. Mais autrement, si la déclaration de résidence a été enregistrée, la simple séparation de fait n'a aucun impact et la séparation de corps ou le divorce annule la déclaration de résidence familiale.

M. Barham :

D'abord, j'accepte tout ce que ma collègue madame Spaht vous a dit, mais je dois ajouter quelque chose. En Louisiane, maintenant, il n'y a qu'un patrimoine entre mari et femme vis-à-vis des créanciers et c'est très important. Cela veut dire que chaque époux a la possibilité de contracter des dettes pour n'importe quelle raison. Le mari peut, certainement, emprunter sur les biens de la communauté, disons, 200 000 $ et la femme pourra aussi, si elle le veut, emprunter 200 000 $. Pourquoi? Pour faire le tour du monde avec son amoureux. Il n'y a pas de lien entre la possibilité qu'ont les créanciers de saisir les biens de la communauté et la nécessité de démontrer que la dette était justifiée pour les besoins de la famille. N'importe quelle dette peut-être payée avec les biens de la communauté. Pour ma part, je trouve que c'est une chose absolument terrible. Sur le plan des principes, je crois que nous avons en Louisiane, comme dans d'autres parties du monde, abandonné l'idée d'une communauté ontologique des personnes, des gens, et particulièrement l'idée de la communauté entre homme et femme, entre mari et femme. Il semble qu'en Louisiane, le principe sur lequel les nouvelles lois ont été adoptées est l'idée que le mariage n'est pas vraiment une communauté entre homme et femme, communauté, si vous voulez, de charité, d'amour, mais c'est vraiment une espèce de société commerciale, parce que dans les sociétés commerciales, il me semble que chacune des parties croit nécessaire de continuer la société seulement aussi longtemps que les parties peuvent obtenir le résultat qu'elles souhaitent.

L'idée d'une communauté entre deux personnes qui devrait quand même continuer, même si l'une des parties n'obtient pas ce qu'elle désire, n'existe plus chez nous. Je ne dis pas que c'est l'idée de madame Spaht. Elle vous a seulement expliqué ce qu'était l'idée en Louisiane. Je trouve ce développement très sérieux.

Sur le plan de l'égalité en matière d'administration des biens, il me semble que nous ne sommes pas vraiment rationnels. Je crois en l'égalité des personnes, mais je ne crois pas que l'égalité des personnes puisse se traduire dans l'égalité de l'autorité. C'est impossible. Toute société, toute communauté a besoin de directives et, pour cette raison, il est nécessaire d'avoir une autorité. Alors, il est absolument nécessaire d'avoir un régime légal qui donne quelques définitions d'autorité dans des cas particuliers. Il faut certainement avoir un partage des devoirs, des responsabilités, mais je ne crois pas que les deux époux puissent avoir chacun la même autorité.

Me Julien Mackay :

Je vais intervenir très brièvement pour vous dire combien j'ai apprécié les exposés. J'ai une petite réserve cependant : je ne m'attendais pas à ce que ce soit une critique comme celle à laquelle s'est prêté mon collègue le professeur Caparros et je voulais, pour ma part, non pas qu'il n'y ait pas de critiques à faire contre la loi 89*, il y en a beaucoup, mais je voulais dire, et je suis sûr que cela reflète la conviction profonde de plusieurs juristes québécois, que je préfère la codification parcellaire que l'on fait actuellement. Ce n'est pas l'idéal mais "le mieux n'est pas l'ennemi du bien" et je suis convaincu que l'on atteindra des résultats plus immédiats, plus positifs avec le processus qui est en cours. Autrement, combien de temps cela nous prendra-t-il? En quelques mois, en quelques années, nous allons pouvoir régler le cas du droit familial et ensuite, nous en aborderons un autre. Que des confrères soient ignorants de modification même partielle, (vous disiez à propos des régimes matrimoniaux qu'il y a des hommes de loi qui ne savent même pas qu'il y a eu des amendements, qu'il y avait un nouveau régime ; cela, ma secrétaire le savait)

---

* Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

alors, moi, je me dis, si l'on change tout le Code, même ma secrétaire ne saura pas qu'il y a un nouveau Code, encore moins le professionnel.

Par ailleurs, je suis bien conscient qu'il se fait beaucoup d'électoralisme dans le processus législatif. Je suis moins au courant actuellement, mais je dois dire qu'en 1969, je n'ai pas eu l'impression que les amendements que l'on proposait étaient appuyés par des valeurs électorales.

Pour terminer, j'espère que le but de cette réunion qui était d'engager une discussion se réalisera par des échanges. La publication des conférences de ce colloque sera, je l'espère, l'amorce d'une évolution valable. Je remercie tous les conférenciers ainsi que les intervenants à cet atelier.

ATELIER III : **LES OBLIGATIONS - L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE**
présidé par M^e **Claude Tellier**, avocat, Montréal

Conférenciers : Madame **Geneviève Viney**, Paris
Monsieur **A.S. Hartkamp**, La Haye
Monsieur **Claude Fabien**, Montréal
Monsieur **Jerry Rajsky**, Varsovie

ATELIER III

présidé par Me Claude Tellier, avocat, Montréal

LES OBLIGATIONS - L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

M. Claude Tellier :

La responsabilité exige une faute, un dommage et une relation de cause à effet entre les deux premières notions. Or, il arrive que le développement technologique, sous toutes ses formes, fasse en sorte que l'on assiste à l'augmentation importante de la survenance des dommages sans qu'il y ait nécessairement faute, et l'évolution de la pensée sociale exige quand même une indemnisation. Il en résulte que la tendance du droit nouveau est à l'antipode du régime de la responsabilité telle que définie dans un Code civil.

Ce droit nouveau représente, entre autres, les caractéristiques suivantes : une nette tendance à l'indemnisation sans faute, comme c'est le cas dans le domaine de la responsabilité automobile, les accidents du travail, les victimes d'actes criminels ; une nette tendance à la "déjudiciarisation" des réclamations en dommages, c'est-à-dire que l'on cherche ouvertement à exclure du domaine de la responsabilité les juges et les avocats, au profit de l'administration ; une nette tendance à ne pas faire appel à un principe général, pour favoriser, plutôt, des législations et des réglementations qui traitent de situations particulières sans aucun souci pour un système de droit cohérent et intégré. Il existe aussi une prolifération législative et parlementaire, dont les gouvernements nous accablent abondamment, et l'émergence d'un quatrième pouvoir, qui devient de plus en plus tyrannique et qui s'immisce dans les règlements de tous les litiges : l'administration.

Il est intéressant, pour ne pas dire navrant, de faire un parallèle entre la diminution de la notion de responsabilité et une diminution proportionnelle de la notion de liberté personnelle. Or, c'est à tort que le droit nouveau méconnaît l'importance et la valeur juridique et sociale du concept même de la responsabilité en droit civil. En ces années où l'on assiste, dans divers pays, à un phénomène de déréglementation, l'alternative

pour maintenir un minimum d'ordre social nous apparaît être, peut-être,tla réhabilitation de la notion de responsabilité. Pour n'en donner qu'un exemple, nous avons vu introduire il y a peu de temps dans la législation du Québec, la notion du recours collectif. Et il est intéressant de voir que l'utilisation de ce recours semble devenir, en très peu d'années, un remède au problème, très délicat, des conflits de travail illégaux dans les services essentiels. Il est donc intéressant de voir que le principe de la responsabilité sera, peut-être un jour, réhabilité pour pouvoir régler les solutions que les gouvernements sont incapables ou n'osent pas entreprendre.

Il est heureux que les organisateurs de ce colloque international de droit civil aient proposé la tenue d'un atelier sur l'évolution de la responsabilité civile. Et pour commencer, j'invite madame Geneviève Viney, professeur à l'Université de Paris I.

Mme G. Viney :

DE LA CODIFICATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE : L'EXPÉRIENCE FRANÇAISE

En matière de responsabilité civile, l'expérience française de la codification est ambiguë et difficile à interpréter.

Il est habituel, en effet, de dire que ce droit doit beaucoup, et même l'essentiel, à la jurisprudence qui aurait accompli son oeuvre en marge des textes du Code ou même contre la lettre et l'esprit de ces textes : on remarque, par exemple, que la création de la théorie des "troubles de voisinage" est une oeuvre purement jurisprudentielle. De même, en matière contractuelle, la distinction des "obligations de moyens" et des "obligations de résultat" est d'origine doctrinale, et c'est encore la jurisprudence qui l'a introduit dans le droit positif. Ce sont également les tribunaux qui ont "découvert" les obligations "de sécurité", "d'information", de "mise en garde" et de "conseils" qui ont profondément transformé la portée de la responsabilité issue des principaux contrats. Parfois même d'ailleurs, observe-t-on, les tribunaux ont réussi à tourner et, pratiquement, à abroger certains textes gênants. Par exemple, l'article 1142 du Code civil, qui interdit en principe au juge d'ordonner l'exécution ou la réparation en nature en cas de résistance de la part du débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire et impose au créancier de se contenter de dommages-intérêts, a été interprété de façon

tellement restrictive qu'il s'agit, à présent, d'une disposition à peu près complètement dépourvue de portée pratique.

Un autre exemple, tout aussi typique, est celui de la garantie des vices cachés due par le vendeur. En effet, le système aménagé par les articles 1641 et suivants du Code civil a été profondément transformé par la jurisprudence en ce qui concerne les vendeurs professionnels. Ceux-ci sont, désormais, toujours considérés comme tenus à une réparation intégrale, alors que les articles 1644 et 1645 n'imposent cette réparation qu'aux vendeurs de mauvaise foi et permettent expressément aux vendeurs de bonne foi de se libérer en restituant seulement le prix ou une partie du prix. De même, les vendeurs professionnels se sont vu interdire par les tribunaux l'usage des clauses destinées à restreindre cette garantie, alors qu'à s'en tenir aux termes explicites de l'article 1643, ces clauses auraient dû être validées sans aucune distinction.

Les tribunaux n'ont donc pas hésité à minimiser, au point de les faire pratiquement disparaître, certains textes explicites du Code civil. Et, dans d'autres cas, ils n'ont pas, non plus, hésité à accorder à certains articles du Code civil un relief et une importance que leurs auteurs n'avaient manifestement pas voulu leur donner. C'est ce qui s'est passé à propos de l'article 1384 al. 1er qui n'avait aucune signification particulière et dont la jurisprudence s'est servie pour fonder le principe de la responsabilité de plein droit du gardien de la chose, dont on connaît l'importance actuelle.

D'ailleurs, cette oeuvre de transformation n'est pas seulement due à la jurisprudence. Les lois spéciales se sont également multipliées, qui ont soustrait au régime du Code civil de nombreux types de dommages. Après la Loi de 1898 sur les accidents du travail (qui ont été, par la suite, pris en charge par les assurances sociales, puis par la Sécurité sociale), on peut citer la Loi de 1924 sur les dommages causés au sol par les avions la Loi de 1941 sur les dommages causés aux tiers par les téléphériques, les conventions internationales et les lois internes sur la responsabilité découlant de l'utilisation de l'énergie nucléaire, ainsi que les textes réglementant la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution des mers par les hydrocarbures (Convention de Bruxelles du 23 novembre 1969 et Loi du 26 mai 1971 relative à la responsabilité civile et à l'obligation

d'assurance des propriétaires de navires). Signalons, également, que certains professionnels ont été soumis à des régimes spéciaux de responsabilité par des textes qui n'ont pas toujours été intégrés au Code civil : c'est le cas, par exemple, des transporteurs aériens et maritimes. Enfin, on peut ajouter, qu'aujourd'hui, les partisans d'une législation soumettant les accidents de la circulation à un régime d'assurance directe du véhicule, totalement indépendant de la responsabilité civile, sont de plus en plus nombreux et que le soin de rédiger un projet de loi à cet effet vient d'être confié, par le ministre de la Justice, à une commission dont les travaux seront très certainement soumis au Parlement dans les mois qui viennent.

Ainsi, bien que les textes du Code civil sur la responsabilité aient à peu près intégralement subsisté, la matière a, en fait, profondément changé. Les principes et les règles qui sont aujourd'hui appliqués le plus couramment sont dus soit à des initiatives jurisprudentielles soit à des interventions législatives ponctuelles.

Est-ce à dire alors que la codification de 1804 ait été, dans le domaine de la responsabilité civile, un échec et qu'elle n'ait pas eu d'influence réelle sur l'évolution du droit? Un tel jugement serait, à notre avis, totalement erroné.

En réalité, constater, 180 ans après, que le Code n'avait pas prévu tout ce qui s'est passé depuis sa rédaction et qu'il a fallu, surtout d'ailleurs au cours des soixante dernières années, compléter et modifier l'oeuvre des codificateurs, ne signifie nullement que celle-ci ait été inutile. Pour juger cette utilité, il faut en effet se placer au moment où cette oeuvre a été réalisée. Or, si l'on compare le droit français de la responsabilité avant et après 1804, on constate que le Code a réalisé, dans ce domaine, un immense progrès, non seulement parce qu'il a substitué à des coutumes diverses un droit unique et cohérent, mais aussi et surtout parce qu'il a posé des principes particulièrement féconds. Notamment, la règle issue de l'article 1382 s'est avérée, en dépit de certains défauts constatés par la suite, très supérieure à la casuistique qui avait cours dans l'ancien Droit. L'article 1147, qui a admis qu'en matière contractuelle toute inexécution d'une obligation quelconque engendre la responsabilité du débiteur, est également apparu beaucoup plus simple et efficace que la théorie dite "des trois fautes" qu'exposait encore Pothier à la fin de l'Ancien Régime. Le principe de la responsabilité

du commettant pour le fait de son préposé, formulé pour la première fois par le Code civil à l'article 1384 al. 5, a eu, également, une portée considérable qui n'a fait que s'accroître avec l'extension continue du salariat et le développement des entreprises à forme collective.

La codification de 1804 a donc fait accomplir des progrès décisifs au droit de la responsabilité civile.

Cependant, aujourd'hui, les objectifs que poursuivrait, en France, une éventuelle révision de ce Code ne sont pas du tout comparables à ceux auxquels les rédacteurs de celui-ci ont eu à faire face. La question de l'unification du droit, qui était capitale dans la France du début du XIX^{e} siècle, est aujourd'hui résolue (au moins jusqu'à nouvel ordre). En revanche, ce qui apparaît désormais nécessaire, c'est l'adaptation de ce droit à une réalité économique et sociale entièrement modifiée, non seulement par l'apparition et la multiplication de dommages complètement nouveaux, aussi bien par leur origine que par leur ampleur - les accidents de toutes natures qui atteignent l'homme et son environnement du fait du développement de l'industrie, des moyens de transport, de la diffusion de produits complexes et dangereux, de l'exploitation d'énergies plus ou moins bien maîtrisées, etc.-, mais aussi par la création et l'extension de techniques de réparation nouvelles, comme les différents types d'assurances, la sécurité sociale, les fonds de garantie, les indemnisations d'origine étatique, etc., qui mettent en cause le rôle de la responsabilité civile et incitent à une vision globale du droit de la réparation des dommages tenant compte de ces possibilités et des aspirations à la sécurité qu'elles ont suscitées.

Or, pour réaliser cette adaptation nécessaire, on peut se demander si la technique de la codification est réellement adaptée. À cet égard, certaines objections peuvent, en effet, être formulées.

Tout d'abord, il semble <u>a priori</u> que la codification suppose un certain consensus social sur les principes essentiels. Or, actuellement, la doctrine est particulièrement divisée et la jurisprudence hésitante sur des problèmes aussi fondamentaux que, par exemple, les rapports entre responsabilité civile et responsabilité pénale, plus précisément, le principe dit de la "primauté du criminel sur le civil", les modalités de la distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle, notamment à propos des responsabilités professionnelles,

l'opportunité de la création d'un droit spécifique pour la réparation des dommages résultant de certains accidents, comme les accidents de la route, les accidents médicaux, ceux qui sont dus à des produits industriels de grande consommation, etc.

La codification suppose également une vue à relativement long terme. Or, c'est un lieu commun de souligner la mobilité extrême des données de la vie économique et sociale à l'époque contemporaine. La typologie des dommages se modifie sans cesse avec l'évolution des techniques, celle des procédés de fabrication et de distribution. Les modalités et les formes de l'assurance évoluent et se diversifient ainsi que l'aptitude de la collectivité à faire face à la réparation.

Enfin, la codification implique la possibilité de dégager des notions suffisamment générales. Or, nous avons déjà constaté qu'aujourd'hui la tendance est à la création de statuts spéciaux qui, pour tenir compte des situations particulières, conduisent à un véritable effritement du droit de la réparation des dommages.

Toutes ces raisons expliquent que les textes sur la responsabilité civile ne sont pas de ceux dont les réformateurs du Code civil se sont occupés jusqu'à présent, et on peut même constater que la démarche du législateur est, dans ce domaine, à l'opposé de celle qui conduit à la codification. En effet, les textes récents sont de plus en plus orientés vers la création de régimes spéciaux dérogeant, pour certaines activités, au "droit commun" régi par le Code civil, ce qui conduit à vider peu à peu celui-ci de son contenu.

Est-ce à dire que cette orientation mérite d'être pleinement approuvée et qu'elle ne soit pas susceptible de s'infléchir et même de se renverser à plus ou moins longue échéance?

En réalité, rien n'est moins sûr. Pour en décider, il importe de s'interroger sur les différents objectifs que poursuit normalement une codification et d'examiner si ces objectifs méritent d'être recherchés et s'ils pourraient être atteints dans la matière qui nous occupe.

A priori, la codification apparaît d'abord essentiellement comme le moyen d'éviter une fragmentation excessive du droit. En créant un "droit commun" applicable à défaut de textes particuliers, elle contribue à assurer la cohérence du système juridique dans son ensemble (I). D'autre part, il semble que la codification peut et doit être l'occasion de prendre parti sur les orientations fondamentales de la matière codifiée (II). Enfin, il paraît légitime d'attendre de la codification un renouvellement du vocabulaire et des concepts permettant de stimuler les progrès du droit (III). Ces trois fonctions essentielles de la codification sont-elles réalisables dans la matière de la responsabilité civile?C'est ce qu'il convient de rechercher.

I LA CODIFICATON, MOYEN DE PRÉSERVER OU DE RESTAURER LA COHÉRENCE DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Est-il réellement utile de maintenir ou de créer un "droit commun" de la responsabilité civile, applicable aux dommages qui ne relèvent pas d'un statut particulier? Cette démarche, à la supposer opportune, est-elle réalisable? Ces deux questions méritent d'être posées lorsqu'on s'interroge sur cette première fonction de la codification.

A - L'utilité de la création ou du maintien d'un régime de droit commun paraît, en effet, remise en question par l'évolution actuelle du droit de la responsabilité civile. On s'est aperçu, en effet, que la généralité des principes posés par les articles 1382 à 1386 (pour la responsabilité délictuelle) et 1146 à 1155 (pour la responsabilité contractuelle) était excessive et qu'il était vain de nier la spécificité des situations particulières.

Non seulement est-il apparu nécessaire de soumettre certains types d'accidents, comme les accidents du travail, les accidents de la circulation, à des règles spéciales, mais il est de plus en plus fréquent que des lois spéciales réglementent la responsabilité de certains professionnels, comme les transporteurs, les constructeurs d'immeubles, les fabricants, les exploitants de certaines industries dangereuses... N'est-il pas, alors, plus réaliste de répudier complètement le régime de "droit commun" auquel des activités les plus courantes tendent ainsi à échapper et de régler par des lois spéciales tous les cas particuliers qui se présentent?

En réalité, nous pensons qu'il serait dangereux d'aller aussi loin, et ceci pour plusieurs raisons. D'abord, ce serait renoncer à légiférer pour les cas non encore connus et qui peuvent apparaître dans l'avenir. Si l'on compare, en effet, la situation française à celle qui s'est présentée dans les pays qui ont conservé la méthode casuistique des torts, on constate que l'existence de principes généraux formulés dans le Code a été un élément extrêmement positif de l'évolution du droit de la responsabilité civile. Aujourd'hui encore, l'article 1382, par exemple, permet d'appréhender des situations nouvelles et de leur apporter une solution correcte. En particulier, ce texte a été récemment utilisé pour lutter contre certaines indélicatesses commises par des initiés se servant d'informations confidentielles pour spéculer en bourse ; il a été sollicité pour sanctionner le fabricant qui met sur le marché un produit atteint d'un vice ; il a permis également de réparer certaines atteintes à l'environnement, de sanctionner certaines déloyautés commises au cours des pourparlers contractuels, etc. Sa généralité, sa souplesse lui confèrent une très grande efficacité.

En revanche, un droit qui, comme le système de common law, ne répare que certains types de dommages, définis par des caractéristiques objectives, est loin d'être aussi adaptable. Pour appréhender les situations nouvelles, il est condamné à les inclure, plus ou moins artificiellement, dans des catégories déjà connues mais qui, n'ayant pas été conçues pour cette hypothèse, s'en trouvent déformées et fournissent souvent des solutions qui conviennent mal et doivent elles-mêmes être modifiées.

En outre, la juxtaposition de statuts spéciaux suscite toujours des problèmes de frontières extrêmement épineux qui provoquent généralement une litigation considérable et inutile, elle-même favorisée par l'existence de différences qui sont peut-être justifiées au moment où elles sont édictées, mais qui apparaissent souvent, ensuite, comme arbitraires et injustes.

On peut en prendre pour exemples les plafonnements de responsabilité édictés par la Convention de Varsovie et par la Loi de 1957 au profit des transporteurs aériens. Ces limitations, qui apparaissent naturelles au moment où ce mode de transport était réellement plus dangereux que les autres, sont actuellement très mal

admises par les victimes et par les tribunaux qui s'efforcent d'en restreindre au maximum l'application. De même, la limitation à deux ou à dix ans de la garantie due par les constructeurs d'immeubles après la réception de l'ouvrage, ainsi que l'existence d'un "bref délai" pour l'action en garantie dirigée contre le vendeur sont aujourd'hui à l'origine d'un contentieux considérable, les victimes cherchant, par tous les moyens, à échapper à ces délais de forclusion spéciaux dont l'application est souvent ressentie comme une injustice, étant donné que, dans des situations voisines ou comparables, ces obstacles n'existent pas.

Nous pensons donc que les statuts dérogatoires, s'ils sont certainement nécessaires pour répondre aux situations dont on ne peut nier le particularisme, doivent cependant être réduits au maximum. A cet égard, l'existence d'un "droit commun" codifié nous apparaît, donc, comme une garantie irremplaçable qu'il est souhaitable de maintenir.

B - Mais comment, alors, concevoir ce régime de "droit commun"? Sans doute n'est-il pas question, répétons-le, de gommer les différences justifiées. Et c'est certainement l'un des aspects positifs de l'évolution contemporaine que d'avoir souligné qu'il est parfaitement irréaliste de soumettre à des règles de responsabilité en tous points identiques le conducteur d'un véhicule automobile qui provoque un accident, l'industriel qui pollue son entourage et le fabricant qui met sur le marché un produit dangereux.

Toutefois, si l'on regarde de près les évolutions jurisprudentielles et les réformes législatives récentes, on s'aperçoit qu'elles présentent, en réalité, certains points communs non négligeables. Toutes, en effet, tendent vers un certain effacement de la faute subjective comme condition de la responsabilité. Toutes, également, tendent à rattacher la responsabilité à certaines activités créatrices de risques et beaucoup d'entre elles lient, plus ou moins officiellement, la responsabilité à l'obligation, ou au moins, à la possibilité de faire prendre en charge ceux-ci par une assurance. Enfin, il existe, dans la plupart des lois récentes, une tendance à réglementer l'indemnisation, en énumérant les dommages réparables et en prévoyant des plafonnements ou des barèmes pour certains d'entre eux.

La constatation de ces convergences et la réflexion sur les exigences qu'elles traduisent peuvent, donc, inspirer aux codificateurs les idées générales leur permettant de reconstruire un "droit commun" modernisé qui tienne compte, pleinement, de ces aspirations et de ces données nouvelles.

Il reste cependant que la conciliation du respect des particularismes justifiés et de la volonté de dégager un système de "droit commum" pose un problème technique difficile, celui du choix des règles à inclure dans le Code et de celles qui relèvent de lois spéciales. Notamment, s'il est certain qu'en France, comme dans beaucoup d'autres pays, il est devenu nécessaire de consacrer des dispositions particulières à la réparation des accidents de la circulation, des atteintes à l'environnement, de la responsabilité des fabricants, etc., il est plus délicat de déterminer si ces dispositions doivent figurer dans le Code civil ou relever de lois spéciales.

À vrai dire, il n'y a pas, à cette question, de réponse toute faite. Il nous semble, cependant, qu'il serait souhaitable d'inclure dans le Code les principes essentiels applicables à la réparation des principaux types de dommages, quitte à renvoyer à des lois spéciales pour la mise en oeuvre de ces principes. Par exemple, le fait d'avoir inclus dans le Projet de révision du Code civil du Québec des dispositions générales relatives à la responsabilité du fabricant du fait des produits défectueux nous paraît tout à fait opportun.

En effet, la codification n'a pas pour seule fonction de maintenir la cohérence du système juridique. Elle fournit, également, l'occasion de prendre parti sur les orientations essentielles à imprimer à celui-ci.

II LA CODIFICATION ET LE CHOIX DES ORIENTATIONS FONDAMENTALES À IMPRIMER AU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Il existe aujourd'hui, nous l'avons déjà relevé, des questions à propos desquelles la doctrine est divisée et la jurisprudence hésitante. Par exemple, les frontières entre responsabilités contractuelle et délictuelle, les rapports entre les deux systèmes, notamment le fameux problème du "cumul" ou du "non-cumul", l'opportunité de soustraire à cette classification les responsabilités professionnelles, soulèvent de nombreuses difficultés auxquelles les tribunaux sont confrontés

quotidiennement et pour lesquelles certains auteurs ont proposé, récemment, des solutions nouvelles.

Plus importante encore nous paraît la question de savoir s'il convient d'officialiser le rôle de l'assurance dans l'attribution des responsabilités et de créer des cas d'assurance obligatoire pour garantir la réparation des dommages les plus fréquents et les plus graves.

Signalons enfin le problème du partage éventuel entre les dommages qui relèvent encore de la responsabilité civile et ceux qui devraient être indemnisés par la mise en oeuvre d'un mécanisme d'indemnisation socialisée complètement indépendant de la responsabilité civile, comme celui qui fonctionne déjà presque partout pour les accidents du travail, ou celui qui a été mis en place au Québec, et que M. TUNC propose et s'apprête à créer en France, pour les accidents de la circulation.

Que ces questions soient fondamentales, c'est ce qui ne fait de doute pour personne. Mais que, pour les résoudre, la codification ou la révision du Code soit la bonne voie, cela peut paraître moins évident. Et pourtant, l'expérience française de ces dernières décennies montre que ni la jurisprudence ni la prolifération des lois spéciales n'ont permis d'apporter de réponses satisfaisantes sur ces points essentiels.

A - Sans doute les tribunaux peuvent-ils, théoriquement, jouer un rôle important pour résoudre les difficultés actuelles. En effet, le principe de la primauté du criminel sur le civil, par exemple, s'il trouve une base dans la loi, a été considérablement renforcé par la jurisprudence qui a affirmé, notamment, la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil et celle de l'identité des fautes, pénale et civile, d'imprudence. Il serait, donc, possible aux tribunaux de revenir sur les solutions qu'ils ont eux-mêmes admises s'ils jugeaient qu'elles méritent d'être modifiées. Quant à la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, elle est également d'origine jurisprudentielle et pourrait, donc, être modifiée ou même écartée par les juges.

Toutefois, il ne faut pas se dissimuler que les facultés d'évolution de la jurisprudence, qui sont réelles, rencontrent tout de même des limites. En effet, les tribunaux sont souvent pris dans la logique du système

qu'ils ont contribué à créer et chaque juridiction, statuant à propos d'un cas particulier, manque de recul pour juger de l'ensemble, ce qui rend difficile un véritable changement d'orientation ou même une adaptation un peu hardie.

On en prendra pour exemple les récentes péripéties relatives au problème de l'opposabilité ou de l'inopposabilité de la faute de la victime initiale aux victimes par ricochet. Pour mettre fin à un conflit entre les différentes chambres de la Cour de cassation, qui avaient admis l'inopposabilité, et certaines juridictions du fond, qui résistaient à cette solution, les chambres réunies de la Cour suprême durent intervenir une première fois, en 1964, et elles optèrent en faveur de l'opposabilité. Mais la rébellion de la 2e chambre civile, qui reprit la solution inverse en 1978, provoqua une nouvelle intervention, cette fois, de l'Assemblée plénière, qui confirma, le 19 juin 1981, la jurisprudence de 1964. Or, si l'on réfléchit aux conséquences de cette solution, on s'aperçoit qu'elle a esentiellement pour effet de priver d'une réparation intégrale les proches de certaines victimes d'accidents mortels de la circulation pour lesquels le législateur a justement prévu une assurance obligatoire qui se trouve ainsi amputée d'une partie de son efficacité. Et ce résultat regrettable provient en réalité du fait que l'Assemblée plénière a raisonné dans la logique d'un système de responsabilité individuelle, sans tenir compte de l'assurance qui modifie pourtant, complètement, les perspectives en ce domaine. Cette prise de position nous paraît, donc, tout à fait révélatrice des limites du pouvoir d'adaptation de la jurisprudence.

D'ailleurs, quelle que soit leur clairvoyance, les juges ne peuvent pas prendre n'importe quelle initiative. Même s'ils se rendent compte, par exemple, que les règles de la responsabilité civile sont inadaptées à certains types de dommages accidentels, ils ne sont évidemment pas en mesure de refuser l'application de ces règles lorsqu'elle est requise par les parties et encore moins d'y substituer un autre système d'indemnisation.

Cependant, le fait que ces adaptations relèvent de la loi n'implique pas nécessairement qu'une codification ou qu'une révision du Code civil soit nécessaire pour les réaliser. Ne pourrait-on pas en effet se contenter, pour cela, de lois spéciales?

B - Il est vrai que certains des défauts et certaines des lacunes les plus graves de notre droit actuel pourraient être corrigés par des textes spéciaux non codifiés. On peut, par exemple, faire une loi sur les accidents de la circulation. On peut également, par la réglementation de certaines activités professionnelles, abolir, dans le cadre des activités visées, les conséquences les plus illogiques de la distinction actuelle entre responsabilité contractuelle et délictuelle en évitant que le sort des victimes ne varie en fonction de l'existence ou de l'absence d'un lien contractuel avec le professionnel, auteur du dommage.

Mais, ici encore, la codification permettrait de susciter des réformes plus globales et, par conséquent, plus cohérentes que celles qui résultent de textes de portée plus limitée. Par exemple, l'une des questions qui se pose, actuellement, avec beaucoup d'acuité, à propos de la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle consiste à déterminer si les victimes par ricochet d'un accident mortel provoqué par un professionnel peuvent, en leur qualité de tiers, se prévaloir, contre celui-ci, de l'article 1384 al. 1er, relatif à la responsabilité délictuelle du gardien de la chose alors que le client lui-même, s'il avait survécu, aurait dû se placer sur le terrain contractuel. Cette question a été réglée, à propos des transports aériens et maritimes, par des lois spéciales. Mais elle s'est posée également en matière de transport terrestre et de responsabilité médicale et elle pourrait se poser dans bien d'autres hypothèses. Il serait donc souhaitable, puisqu'il s'agit d'un problème de portée générale, qu'il soit résolu par une disposition qui trouverait tout naturellement sa place dans le Code civil. Et on peut même espérer que les codificateurs, lorsqu'ils se trouveront confrontés à cette question, se placeront à un degré de généralité encore supérieur et tenteront de définir la nature et le régime de la responsabilité encourue vis-à-vis des tiers par le débiteur d'une obligation professionnelle ou contractuelle.

Nous pensons donc que la codification, par l'effort de réflexion qu'elle postule, peut fournir l'occasion de prendre parti sur certaines questions essentielles et sur certaines orientations fondamentales qui dépassent la compétence des juridictions chargées d'appliquer le droit existant et les perspectives du législateur lorsqu'il s'applique à régler le sort des victimes d'un type particulier de dommages. Or, ces prises de position sont importantes non seulement pour mettre fin à des hésitations qui sont préjudiciables à la sécurité des

justiciables, mais aussi pour stimuler les progrès du droit de la responsabilité civile.

III LA CODIFICATION, FACTEUR DE MODERNISATION ET DE PROGRÈS DANS L'ÉLABORATION DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

À cet égard, il semble que l'on peut attendre deux types d'avantages d'une codification ou d'une révision du Code. On peut espérer, d'une part, qu'elle fournirait l'occasion de combler les lacunes du système actuel (A) et, d'autre part, qu'elle permettrait de moderniser les concepts essentiels de ce droit (B).

A - Tout d'abord, la codification apparaît comme un moyen de combler certaines lacunes du droit positif existant.

Il faut bien constater en effet que, malgré les mérites du Code civil de 1804 et les efforts accomplis, tant par les tribunaux que par le législateur depuis cette codification, le droit français de la responsabilité civile présente, aujourd'hui encore, des lacunes graves. Notamment, en ce qui concerne les effets de la responsabilité et, plus précisément, les modalités de la réparation et l'évaluation des indemnités, notre système demeure très rudimentaire. Le seul principe juridique est, en effet, celui de la réparation intégrale qui consiste, en réalité, en une directive très vague dont la mise en oeuvre est abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. De même, en ce qui concerne la validité et les effets des clauses conventionnelles aménageant le régime ou les conséquences de la responsabilité, notre droit demeure très imprécis.

Pour la prévention des dommages qui menacent de se réaliser, il ne prévoit pratiquement rien, alors que de nombreux droits étrangers connaissent un système d'injonctions ou donnent aux particuliers menacés une action destinée à ordonner des mesures permettant d'éviter la survenance du préjudice. Il ne réglemente pas non plus, dans son ensemble, la responsabilité des personnes morales du fait de leurs dirigeants ou celle des professionnels du fait de leurs auxiliaires ou de leurs substituts non préposés.

Or, toutes ces questions, qui présentent un intérêt pratique considérable, dépassent, par leur généralité, le cadre des lois spéciales visant certains types de dommages. Sans doute quelques-unes ont-elles été

résolues, tant bien que mal, par la jurisprudence, mais celle-ci est demeurée hésitante sur des points non négligeables et parfois, par exemple en ce qui concerne l'évaluation des dommages-intérêts dus à la victime d'un accident corporel, elle a véritablement renoncé à poser des principes fermes, laissant aux juges du fond une liberté d'appréciation préjudiciable à la certitude de la règle juridique et à la sécurité des justiciables. En fournissant l'occasion de combler ces lacunes, une révision des textes du Code civil relatifs à la responsabilité pourrait contribuer aux progrès de ce droit.

B - Mais ce qu'on peut également espérer, c'est que les artisans de cette révision parviennent à moderniser les concepts de base du droit de la responsabilité civile.

On sait que les rédacteurs du Code civil de 1804 ont su dégager certains concepts extrêmement féconds, comme celui de "faute", d'"inexécution de l'obligation", de "cause étrangère" et que la doctrine et la jurisprudence, en se servant des textes du Code, ont ajouté d'autres notions, comme le "fait de la chose", le "fait d'autrui", etc.

Toutefois, depuis la rédaction du Code civil, ce vocabulaire a vieilli. Certains termes ne paraissent plus exactement adaptés à la notion qu'ils désignent. Notamment, on peut se demander si le mot "faute" convient encore parfaitement alors que l'aspect subjectif de la culpabilité civile a été, en grande partie, évacué par l'évolution récente. Ne serait-il pas alors opportun, afin d'éviter les confusions et les ambiguïtés, de prendre acte de cette évolution en choisissant un mot nouveau qui ne soit pas emprunté au vocabulaire de la morale? On songe, par exemple, aux termes "illicite", "comportement anormal", etc.

Mais surtout il incombe, de toute évidence, aux codificateurs, de créer les vocables qui manquent actuellement pour traduire les réalités nouvelles auxquelles un droit moderne de la responsabilité et de la réparation des dommages doit s'adapter. M. TUNC a montré notamment, de façon très convaincante, combien il est regrettable que le terme "accident" soit si peu utilisé par nos lois, car cela traduit la méconnaissance des besoins nouveaux que la multiplication et l'aggravation de ce type de dommages ont créés. Il a également montré que le mot "faute" recouvre des notions très diverses qu'il faudrait dissocier, notamment en mettant à part ce qu'il

désigne par le terme "erreur" et qui nous paraît être, en réalité, la défaillance de l'organisme humain.

On pourrait, d'ailleurs, recenser bien d'autres lacunes. Il nous paraît regrettable, en particulier, que les notions "d'aptitude à l'assurance", de "création d'un risque assurable" ne figurent pas dans le vocabulaire juridique alors qu'elles sous-tendent toute l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité civile et de la réparation des dommages. On souhaiterait, également, que les différents types de préjudices indemnisables soient désignés par les textes, car cela paraît indispensable à une remise en ordre du droit de la réparation. Le seul fait, par exemple, de consacrer officiellement la distinction entre préjudices physiologiques et préjudices économiques, en cas de dommage corporel, serait de nature à introduire plus de clarté dans cette matière de l'indemnisation.

Ainsi, sans sous-estimer les difficultés de l'entreprise, nous n'hésitons pas, pour notre part, à penser que la révision des textes du Code civil français sur la responsabilité pourrait être très fructueuse. Toutefois, elle ne pourrait, à notre avis, être faite de façon satisfaisante que dans le cadre d'une révision générale du Titre sur les Obligations. En effet, les rapprochements constatés actuellement entre responsabilités contractuelle et délictuelle rendent particulièrement nécessaire une réflexion en profondeur sur le sens et la portée de la distinction entre ces deux régimes, qui ne peut elle-même être conduite qu'à la lumière de l'évolution récente du droit des contrats et de la comparaison entre la norme contractuelle et la norme légale. Nous souhaitons, par conséquent, que le législateur français s'attaque à cette tâche avec l'ardeur et le courage dont son homologue québécois lui donne actuellement l'exemple.

M. Claude Tellier :

Je vous remercie beaucoup, madame Viney, de votre brillant exposé. J'aimerais maintenant vous présenter le professeur Hartkamp, qui est membre de l'Office de révision du Code civil des Pays-Bas, professeur de droit civil à l'Université de Leyden et auteur d'une Introduction sur le Code civil.

M. Arthur S. Hartkamp :

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE SANS FAUTE [Traduction de l'anglais]

Parmi les événements ayant marqué l'évolution de la responsabilité civile, le développement de la notion de responsabilité délictuelle sans faute est sans doute un des plus importants. En fait, quelle portée la codification a-t-elle dans cette branche du droit? Tout d'abord, nous analyserons le concept de "la responsabilité du fait de la chose". À ce sujet, le Code civil français comporte la règle bien connue, qu'on est "responsable du dommage causé par... le fait des choses que l'on a sous sa garde"(1). Cette règle a fait l'objet d'interprétations diverses, tant en France que dans les pays l'ayant intégrée dans leur Code civil, comme la Belgique, les Pays-Bas et le Québec.

En France, la règle est interprétée dans le sens que la présomption de responsabilité repose sur la personne ayant la garde de la chose. On ne peut réfuter cette présomption que dans le cas où il y a "force majeure ou cas fortuit", "faute d'un tiers ou faute de la victime"(2)!

Cette interprétation a, en ce qui concerne l'attribution de responsabilité sans faute, une portée des plus larges. D'un autre côté, il existe l'hypothèse que la règle prévue par l'article 1384, al. 1er, ne serve qu'à introduire des dispositions sur la responsabilité de certaines choses spécifiquement énumérées (animaux, immeubles) et que cet alinéa n'ait pas de signification propre, à côté des articles 1382 et 1383. Cela équivaut à dire que la victime n'a droit à indemnisation que si elle prouve la faute de la personne ayant la garde de la chose. Cette doctrine, rejetée depuis longtemps en France, en Belgique et au Québec, prévaut toujours aux Pays-Bas. Il y a quelques années, elle a même été confirmée par la Cour suprême néerlandaise(3).

Il existe une panoplie de variantes entre ces deux extrêmes. En droit québécois, l'article 1054 C.civ. comporte une présomption de faute à l'encontre du "gardien", lequel doit prouver qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage(4).

Le droit belge, par contre, exige la preuve que la chose était défectueuse : si la victime parvient à

prouver le défaut ayant provoqué les dommages, le "gardien" est responsable à moins qu'il ne parvienne à démontrer une "cause étrangère" (une notion faisant référence aux mêmes événements exonérants que ceux connus dans le droit français)(5). Telles sont les principales divergences dans l'interprétation que connaissent ces quatre pays. Nous ne pourrons discuter des autres divergences, si importantes soient-elles, comme par exemple l'obligation de prouver le "fait autonome de la chose", qui est une restriction abandonnée par le droit français, il y maintenant un demi-siècle, mais qui est toujours en vigueur au Québec.

Il est clair qu'une règle comme celle que l'on retrouve à l'article 1384, al. 1er, du Code civil français, n'a guère d'utilité. Elle ne fournit aucun paramètre à la pratique du droit, non seulement parce qu'il y a manque de clarté, mais aussi - et ceci est peut-être encore plus significatif - parce qu'elle ne réussit pas à faire ressortir clairement un principe général sous-jacent, une orientation de base offerte aux tribunaux par le législateur. Une règle aussi vague que celle que l'on retrouve à l'article 1384, al. 1er, n'existe que grâce à l'interprétation judiciaire. En vérité, malgré l'existence d'une règle écrite dans les pays ci-dessus mentionnés, le droit concernant la responsabilité du fait de la chose n'est pas du droit codifié, mais plutôt de la jurisprudence.

Il existe deux possibilités pour résoudre les difficultés posées par une règle de droit écrite s'avérant insatisfaisante : soit qu'on en rédige une convenable, soit qu'on se passe d'une telle règle écrite ; c'est cette deuxième alternative, qui confie entièrement la question aux tribunaux, qui a été adoptée par plusieurs pays. Cependant, on n'a pas l'impression que cette façon de faire soit généralement accueillie de façon très favorable. En Angleterre et aux États-Unis, on se plaint de l'incertitude qui règne à propos de la portée de l'application de la règle énoncée dans l'affaire Rylands v. Fletcher et il en est de même en ce qui concerne la notion d'activités anormalement dangereuses dans le Restatement 2nd on Torts(6).

Il existe une autre sorte d'incertitude juridique dans les pays germaniques. On y trouve des dispositions législatives spéciales, surtout en dehors des Codes civils et ayant trait à des activités dangereuses spécifiques, vu que les Codes civils eux-mêmes prévoient un système de responsabilité civile reposant sur la notion de

par la doctrine, insuffisante. En Autriche, cela a mené les tribunaux à étendre, par le biais de l'analogie, le champ d'application de ces dispositions législatives(7). En Allemagne, cependant, les tribunaux ont refusé de suivre cet exemple. Cela a abouti à la tendance bien connue d'élargir la notion de faute (art. 823, B.G.B.) et de renverser le fardeau de la preuve à un point tel que le résultat s'apparente parfois davantage à un système de responsabilité sans faute(8). Pour sortir de l'impasse, plusieurs auteurs ont proposé un general Klausel imposé par la loi basé sur la responsabilité du fait de la chose(9).

Ainsi, c'est la première des deux alternatives qui paraît être la plus attrayante : une règle codifiée satisfaisante. Il va sans dire que les deux Projets les plus récents d'une recodification complète, ceux du Québec et des Pays-Bas, ont tenté d'établir une telle règle. Nous tâcherons d'examiner ces deux Projets, d'abord en ce qui concerne notre sujet ; ensuite, nous pourrons jeter un coup d'oeil du côté de la responsabilité fondée sur la notion de risque. Notons que le Projet du Québec a été soumis récemment au gouvernement et que la partie du nouveau Code néerlandais qui se rapporte à la question (Livre VI, Des obligations) a été adoptée par le Parlement en 1980 ; on s'attend d'ailleurs à ce qu'elle entre en vigueur dès 1985(10).

La disposition que l'on retrouve dans le Projet québécois sur la responsabilité du fait de la chose est exceptionnellement courte et clairement formulée. Elle comprend deux articles (100 et 101 du Livre cinquième). Le premier de ces articles concerne les choses, à part les immeubles, et prévoit : "celui qui a la garde d'une chose répond du dommage résultant du fait autonome de la chose, à moins qu'il ne prouve cas fortuit". L'article ne déroge pas au droit existant, à part une dérogation importante : la disposition prévoyant que le "gardien" peut s'exonérer s'il prouve qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher le fait dommageable, a été abrogée. Ainsi, la responsabilité basée sur la faute a été transformée en responsabilité basée sur le risque ou, si l'on veut, a été transformée en obligation de résultat imcombant à la personne ayant la garde de la chose(11).

Toutefois, le mouvement vers le droit français n'est pas complet, car la notion de "fait autonome de la chose" est retenue explicitement(12). En passant, il est intéressant de noter que la portée de l'article est

demeurée plus restreinte que l'article correspondant du Code français, car le premier ne traite pas de la responsabilité du fait des véhicules automobiles(13). Le Projet comprend également un article traitant de la responsabilité du propriétaire d'un immeuble pour les dommages causés par sa ruine. De même que dans le Code actuel, l'article du Projet exige que la ruine résulte d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien. Toutefois, le fardeau de la preuve incombe au défendeur. L'article sur la responsabilité du fait des animaux a été abrogé, ce sujet étant dorénavant couvert par l'article général concernant les choses ; en pratique, cette abrogation ne modifie en rien le droit en vigueur.

Comme nous avons pu le constater ci-dessus, les nouvelles règles québécoises sont concises et clairement formulées. Les avantages d'une telle technique de rédaction sont manifestes : on peut se référer, sur ce point, à ce que le professeur Crépeau a déjà écrit sur l'importance que revêt, pour le citoyen ordinaire(14), l'accessibilité au Code civil. Néanmoins, il existe également des désavantages. Bien entendu, l'incertitude qui existait à propos de la preuve d'une faute a été éliminée. Il demeure, cependant, une incertitude due à l'imprécision des concepts tels que "gardien", "fait autonome de la chose" et "force majeure".

La caractéristique la plus marquante du nouveau Code néerlandais est de donner plus de certitude à ces aspects ainsi qu'à d'autres. Cela a pour effet de rendre le texte plus long et de nécessiter plus de détails et d'exceptions.

Le nouveau Code néerlandais comprend sept articles qui traitent de la responsabilité du fait des choses (art. 6. 3. 2. 5. 11). Nous pouvons distinguer trois aspects :

1) quelles sont les choses pour lesquelles il existe une responsabilité?;
2) qui est responsable?;
3) comment la responsabilité est-elle délimitée?

Sur le premier point, on avait eu l'intention de créer une responsabilité stricte du fait des choses et des matières dangereuses telles les machines en service, les animaux, les véhicules automobiles en marche, les explosifs, etc. Cette idée fut rejetée car on considéra

comme impossible de définir, d'une manière abstraite, le danger rattaché aux choses ; le fait, pour une chose, d'être dangereuse ou non, dépend, la plupart du temps, des circonstances dans lesquelles elle a été utilisée(15).

C'est pour cette raison que la disposition actuelle englobe la totalité des "choses" avec, toutefois, une restriction empruntée au droit belge exigeant que le danger pour les personnes ou les choses devrait résulter d'un vice inhérent à la chose (art. 6. 3. 2. 5). En fait, le mot "vice" n'a pas été employé ; on a plutôt recouru à une périphrase que l'on a voulu de portée un peu plus large(16). Tout comme dans le droit belge, le vice doit, en principe, concerner la nature ou la structure de la chose elle-même. Cette règle ne renferme pas les dommages causés à une personne qui trébucherait sur la fameuse chaise pliante française, placée dans l'ombre, dans un café-terrasse(17).

Le désavantage de cette disposition est d'omettre les matières dangereuses : là, le danger ne réside pas dans le vice de la chose, mais constitue une caractéristique de la chose(18). C'est pour cette raison qu'un article distinct a été ajouté, prévoyant la responsabilité stricte pour les matières dangereuses (art. 6. 3. 2. 6). Il y a également des articles qui traitent des animaux et des constructions, y compris les structures de toute nature (art. 6. 3. 2. 7. 8)(19). La raison d'être de ces articles tire son origine des exceptions à l'article concernant les choses en général, et que l'on se propose de discuter maintenant. La partie du Code concernant la responsabilité n'englobe pas les véhicules moteurs, les navires et les avions. Les dispositions législatives spéciales qui ont été adoptées sur ces sujets seront incorporées dans le Livre VIII du nouveau Code civil : le droit concernant les transports(20).

En ce qui concerne le deuxième point, la personne responsable des dommages est, en principe, celle qui est en possession de la chose, soit, de façon générale, son propriétaire. La raison d'être de cette règle est fort pratique : d'un côté, le propriétaire peut être facilement retrouvé par la victime ; de l'autre, le propriétaire est habituellement la personne qui sera assurée contre les dommages causés par la chose(21).

Il existe, cependant, une exception très importante, qui est, en fait, presque aussi importante que la règle elle-même. Cette exception, qui est censée viser

le même but que la règle, veut que si des choses ou des matières sont utilisées lors de l'exploitation d'une entreprise, la responsabilité incombe non pas au propriétaire, mais plutôt à la personne qui exploite cette entreprise (voir art. 6. 3. 2. 10). Si, par exemple, une explosion dans une usine blesse un tiers, la victime sera souvent incapable d'identifier la chose ou la matière responsable des dommages. Il incombe à la personne qui exploite l'usine de prendre des assurances sur l'ensemble de ses activités, sans tenir compte du propriétaire des choses ou matières qu'il utilise et sans égard au fait que les dommages ont été causés par une chose ou par un ouvrier travaillant à l'usine. Nous considérons que cette approche dualiste ressemble à la responsabilité du fait d'activités dangereuses que l'on trouve dans quelques pays, sans pour autant prendre en charge la question difficile d'un danger anormal ou accru(22).

Il existe quelques autres exemples de responsabilité pesant sur une personne autre que le propriétaire, relative aux produits dangereux entreposés chez un "dépositaire" professionnel, aux conduites d'eau, aux oléoducs, aux chemins publics, aux immeubles occupés en vertu d'un bail à long terme (art. 6.3.2.6 par. 2 et 6.3.2.7 par. 2). En outre, si une chose appartient à un enfant âgé de moins de quatorze ans, la responsabilité incombe à ses parents (art. 6.3.2.11). Évidemment, de telles exceptions ont tendance à compliquer le droit, mais il est à espérer que les praticiens sauront profiter des solutions pratiques qu'elles prétendent apporter.

Comme je l'ai déjà mentionné, en droit français, belge et québécois, le "gardien" est exonéré s'il parvient à faire la preuve d'une "cause étrangère", c'est-à-dire un cas de force majeure, y compris la faute d'un tiers et la faute de la victime. La notion de force majeure est, en elle-même, une cause de difficultés. Y a-t-il force majeure lorsqu'un animal est effrayé par un coup de tonnerre?(23). Prenons le cas d'une cheminée qui s'écroule après avoir été fouettée par une tempête atteignant la force d'un ouragan : y a-t-il force majeure ou non?(24) En Belgique, où la responsabilité doit résulter d'un vice inhérent à la chose, la question se pose de façon légèrement différente, à savoir : est-ce qu'il doit aussi y avoir responsabilité découlant des vices causés par force majeure ou par un tiers? Les tribunaux et une partie de la doctrine semblent s'accorder à dire que l'origine du vice est tout à fait hors de propos. D'autres, cependant, soutiennent que le vice doit subsister depuis un certain temps, qu'il doit être devenu un "état de choses"(25). Mais quand est-ce le cas?

Le nouveau Code civil néerlandais tente de résoudre ce problème dans son libellé même. À cette fin, il emploie une phrase assez compliquée qui, en ce qui concerne les choses en général (art. 6.3.2.5.), se lit comme suit :

> "Le possesseur d'une chose qui, de commune renommée, constitue un danger particulier pour les personnes ou les choses lorsqu'elle ne remplit pas les conditions habituellement requises d'une telle chose en l'espèce, est responsable lorsque le danger se produit ; il n'est cependant pas responsable si, lors même qu'il aurait eu connaissance du danger au moment où celui-ci s'est déclaré, la responsabiité, en vertu de la section précédente, n'aurait pas été engagée." (traduction).

L'article précédent établit le principe général de la responsabilité civile délictuelle d'une personne du fait de ses propres actes. Il faut, donc, déterminer le moment hypothétique auquel le propriétaire de la chose a pris connaissance du danger et la question devient donc de savoir si dans un tel cas, il eût été responsable d'une faute consistant à de ne pas avoir empêché la réalisation du dommage(26). Donc si le propriétaire de la cheminée connaissait la défectuosité et savait qu'elle risquait de s'écrouler, il sera normalement tenu responsable si le danger se réalise. Mais il en est autrement s'il est incapable de prévenir les dommages, par exemple, lorsque le laps de temps entre l'origine de la défectuosité et la réalisation des dommages est trop court pour permettre soit la réparation, soit l'interdiction d'accès à cet endroit(27).

Évidemment, cette technique peut être adaptée selon la catégorie des choses impliquées. En modifiant le test hypothétique, le législateur peut établir les limites de la responsabilité de façon plus ou moins étroite. C'est, en effet, ce qui s'est produit aux articles concernant les matières dangereuses et les animaux. Pour citer encore un exemple, l'article concernant les animaux (6.3.2.8) est rédigé de manière à empêcher le propriétaire de l'animal d'invoquer la force majeure ou la faute d'un tiers, tandis que la faute de la victime ne peut le dégager de sa propre responsabilité que dans certains cas. Cela résulte d'une formulation déclarant le propriétaire responsable sauf si, lors même qu'il aurait eu le contrôle du comportement dommageable de l'animal, sa responsabilité, en vertu de la section précédente, n'aurait pas été engagée.

Il devient clair que, du point de vue de la technique législative et du langage, les Projets de Code civil néerlandais et québécois ont emprunté des chemins différents. Sur plusieurs points, le Code néerlandais est plus détaillé et plus précis, dans l'intérêt de la certitude juridique mais aux dépens de la concision du langage et de l'accessibilité pour le Vulgum Pecus.

La responsabilité du fait des choses, bien qu'elle soit de taille, n'est qu'une source de responsabilité stricte. Les Projets néerlandais et québécois ont introduit plusieurs autres nouveaux exemples de responsabilité stricte. Suit une brève description de ces règles.

En ce qui concerne la responsabilité pour ses propres actes, le nouveau Code néerlandais a retenu comme principe de base la nécessité d'une faute (art. 6.3.1.1, al. 3). En même temps, l'article laisse toujours une ouverture pour la notion de risque, en prévoyant qu'une personne peut toujours être tenue responsable si les dommages résultent d'une chose pour laquelle elle est tenue d'après la loi ou l'opinion généralement admise. Dans les commentaires, on donne l'exemple d'un jeune médecin qui, par inexpérience, commet une faute professionnelle qu'un médecin plus expérimenté aurait pu éviter. Un autre exemple est celui d'un sportif, par exemple un skieur, qui crée un risque supplémentaire pour les tiers sans, pour autant, être socialement inacceptable. Si une telle activité cause un préjudice à un tiers ne participant pas lui-même à ce sport, la personne qui a causé ce préjudice sans qu'il y ait faute de sa part, pourrait être tenue de réparer même s'il n'est pas concevable (ou du moins très artificiel) de fonder son obligation sur la responsabilité du fait des choses (l'emploi des skis)(28).

À cet égard, il y a une importante élaboration législative de la notion de risque prévoyant qu'une défaillance mentale ou physique n'empêchent pas l'attribution du préjudice à son auteur (art. 6.3.1.2b). La même règle, (limitée au "trouble mental") existe en France depuis 1968 (art. 489-2 C.civ.) et a fait l'objet d'une critique de la part du professeur Viney qui parle d'une règle qui "a tranché un des derniers liens qui unissait la responsabilité civile à la responsabilité morale". Mme Viney craignait un déclin accru du critère de la faute en général et s'interrogeait quant à la responsabilité éventuelle de très jeunes enfants(29). Le législateur néerlandais semble avoir pris cette mise en garde au sérieux. D'un côté, il a conservé, comme nous l'avons déjà

mentionné, la notion de faute comme règle générale, et notons en passant que cette notion va probablement retrouver son implication morale qu'elle avait à l'origine depuis qu'on a fait plus de place à la responsabilité sans faute. De l'autre côté, les enfants âgés de moins de quatorze ans ont été complètement exemptés de la responsabilité civile extra-contractuelle. Par contre, les parents en seront responsables jusqu'à cet âge, peu importe leur faute(30).

En ce qui concerne les personnes privées de discernement, le Projet de Code civil du Québec a emprunté une autre optique : ces personnes pourront être tenues à réparation selon les circonstances (art. 95 - Livre V). Du point de vue de la technique législative, il est intéressant de noter que le projet initial néerlandais comprenait une règle semblable qui fut rejetée lors de la révision du Projet au motif que du point de vue de la certitude du droit ce domaine important doit être tranchée par le législateur lui-même. De plus, on n'a pas considéré opportun de laisser ce sujet à la discrétion des tribunaux car il est - et demeurera sans doute - très discutable de savoir si les personnes en discussion devraient ou non, être tenues responsables de leurs actes illicites(31). Toutefois, l'écart entre les deux systèmes est considérablement réduit grâce à une disposition concernant les dommages-intérêts, comprise dans le nouveau Code néerlandais (6.1.9, 12 a). Cet article confère aux tribunaux un pouvoir général de réduire l'obligation de réparation si l'octroi d'une réparation intégrale entraînait des conséquences inacceptables.

Un élément qui doit, entre autres, être pris en considération, est la position financière respective de la personne responsable et de la victime ; celui-ci peut être infuencé par l'assurance ou encore par la possibilité de poursuivre un tiers (par exemple, le curateur d'un handicapé mental qui commet l'infraction).

Il existe aussi dans le Code néerlandais une nouvelle règle concernant la responsabilité indirecte. Cette règle étend la responsabilité de l'employeur du fait de ses employés aux entrepreneurs indépendants, en autant qu'ils oeuvrent dans l'entreprise de l'employeur (art. 6.3.2.3). On peut considérer cette règle comme la contrepartie de la responsabilité du fait des choses et des matières utilisées lors de l'exploitation d'une entreprise et se fonde sur les mêmes considérations de politique générale. Cela est également le cas en ce qui concerne

une nouvelle disposition prévoyant la responsabilité pour les actes illicites d'un mandataire (articles 6. 3. 2. 4).

Enfin, il y a le problème si controversé de la responsabilité du manufacturier du fait des produits défectueux. Ce problème est traité dans le Projet québécois mais pas encore par le Code des Pays-Bas. Le Projet initial comprenait une disposition à cet égard, mais celle-ci a été supprimée lors de la révision du projet, en attendant les fruits des travaux du Conseil de l'Europe et de la C.E.E. visant à l'unification dans ce domaine(32).

Un survol des règles sur la responsabilité civile telle qu'établie par un Code civil ne saurait être complet sans une discussion des règles traitant de l'obligation de payer des dommages-intérêts. Rappelons la mention déjà faite sur la relation qui existe entre la responsabilité des handicapés mentaux causant des dommages et le pouvoir accordé au juge d'atténuer l'obligation à réparation.

Deux constatations s'imposent : le nouveau Code néerlandais ainsi que le Projet québécois s'accordent dans la mesure où ils comprennent, tous deux, un chapitre central sur l'obligation de payer une indemnité, que cette obligation soit contractuelle ou extra-contractuelle et qu'elle soit fondée sur la faute ou sur le risque. Toutefois, il existe de grandes différences en ce qui concerne le contenu de ces règles. Outre la disposition déjà mentionnée, relative à la réduction des indemnités, le Code néerlandais prévoit la possibilité pour le gouvernement de fixer par écrit des montants maxima que la responsabilité fondée sur le risque ne peut excéder si, en l'absence d'une telle limite, il est difficile de s'assurer. De telles limites existent déjà en droit allemand et il est intéressant de noter que d'éminents juristes les ont déjà critiquées(33).

Néanmoins, il semble probable, qu'en pratique, cette nouvelle disposition néerlandaise sera appliquée. Le nombre de cas où une personne sera passible d'une responsabilité sans faute a augmenté de façon marquée dans le nouveau Code. Cela est vrai non seulement par rapport au droit actuellement en vigueur, mais aussi en comparaison avec d'autres systèmes de droit civil, y compris le Projet de Code civil du Québec. La transition au nouveau système aurait pu constituer un choc trop important pour la pratique du droit, sans l'introduction simultanée de mesures correctives telles le pouvoir des tribunaux de

procéder à une réduction des dommages-intérêts et le pouvoir attribué au gouvernement d'établir des limites générales sur les sommes dues à ce titre.

Avec ces constatations, nous revenons à la relation entre la codification et la responsabilité. En fait, le rapport est assez clair. Des règles adéquates concernant la responsabilité civile en général et la responsabilité sans faute en particulier ne peuvent être établies que par voie législative. Seul le législateur peut formuler et harmoniser les diverses sources de responsabilité, établir leurs limites exactes et faire les rectifications nécessaires. De plus, il existe des liens avec d'autres secteurs du droit que nous n'avons pas pu discuter ici : le droit concernant les pensions alimentaires, le droit des transports et, en dehors du droit civil, le droit relatif à la sécurité sociale et les droits de recours. La technique législative peut varier ; on a l'impression, par exemple, que le législateur néerlandais contemporain a une tendance à être plus détaillé que son homologue francophone (par exemple, au Québec), qu'il recourt à des phrases et articles plus longs et que parfois il s'adresse plutôt au juriste qu'au citoyen ordinaire. Cependant, la portée et la valeur de leur produit fini sont identiques : ils visent à garantir au citoyen une protection et une sécurité juridiques qu'on ne saurait atteindre par d'autres moyens.

NOTES :

1. Art. 1384, al. 1er C. civ. fr.

2. J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, 1975, "Les Obligations", p. 383 et s.

3. HR 22 juin 1979, N.J. 1979, 585 ; ASSER-RUTTEN, De verbintenis uit de Wet, 1979, p. 154 et s. Souvent les tribunaux aident la victime en vertu de présomptions de faute qui ne sont pas faciles à réfuter : voir Onrechtmatige daad IV (Brunner), nos 6 et s.

4. J.L. BAUDOUIN, La responsabilité civile délictuelle, Montréal, P.U.M., 1973, nos 439 et s., 449, 450 ; il précise que les tribunaux utilisent la présomption de telle manière que la règle de l'article 1054 se trouve à mi-chemin de "l'obligation de résultat"et de "l'obligation de moyens".

5. Henri de PAGE, Droit civil belge, II, 1, 1964, p. 1037 ; Ludo CORNELIS, Het gebrek van de zaak, Rechtskundig Weekblad, 1975, p. 2003 et s. ; le même auteur, Aansprakelijkheid voor het gebrek van samengestelde zaken, Rechtskundig Weekblad, 1981, p. 1689 et s.

6. Voir Law Commission, Civil Liability for dangerous things and activities, 1970, p. 1 et s. ; Michael WILL, Quellen erhöhter Gefahrs (1980), p. 131.

7. M. WILL, ibid., p. 69 et s.

8. M. WILL, ibid., p. 41 et s.

9. Voir le rapport in WILL, id., p. 265 et s.

10. Voir, P.A. CRÉPEAU, "La réforme du Code civil du Québec", Rev. Int. Dr. Comp., 1979, p. 269 et s. Sur le nouveau Code civil néerlandais, A. HARTKAMP, "Civil Code Revision in the Netherlands", La. L. Rev. (1975) pp. 1059-1090 ; du même auteur, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgrlijk wetboek, 1977 ; Jürgen BASEDOW, Grundfragen der Vertragsrecht-reform, "Niederländischen Erfahrungen", Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 1980, p. 132 et s.; W. Snijders, "Vers un nouveau Code civil néerlandais", Rev. Dr. Int. et de Dr. Comp., 1979, p. 223 et s.

11. Rapport sur le Code civil, Québec, Éd. off., 1978, "Commentaires", vol. II, t. 2, p. 632.

12. Voir J.L. BAUDOUIN, précité, supra, note 4, n° 419 : "La jurisprudence entend sous ce vocable général imposer deux conditions précises, d'une part l'absence d'intervention humaine directe dans la création du préjudice et d'autre part la mobilité ou le dynamisme de l'objet qui a causé le dommage". "... le critère qu'ils appliquent, c'est-à-dire l'exigence du "fait autonome de la chose" est artificiel, prête sans aucun doute à critique et oblige parfois à des distinctions byzantines". Ibid., n° 416. On peut noter que la différence qui existe avec le droit français repose avant tout sur la première des deux conditions citées plus haut, puisque le droit français n'accepte pas la responsabilité dans le cas du "rôle passif de la chose". H., L. et J. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, t. 2, 1970, nos 1211-3 à 1211-11.

13. La responsabilité civile résultant d'accidents automobiles fait l'objet d'une législation spéciale : L.Q. 1977, chap. 68.

14. P.A. CRÉPEAU, précité, supra, note 10, p. 280 : "Un code civil ne saurait être un livre secret, accessible aux seuls spécialistes du droit. Un Code civil est d'abord et avant tout destiné au citoyen ; il doit pour cela, en évitant autant qu'il est possible le jargon professionnel, parler avec simplicité et netteté, concision et clarté". Les rédacteurs du Code civil des Pays-Bas sont, à cet égard, plus pessimistes ; voir Van ZEBEN et al., Parlementaire Geschiedenis Boek 3, 1981, p. 55 et Parlementaire Geschiedenis Boek 6, 1981, pp. 27-28 et p. 289.

15. Commentary Book, 6, p. 449 de la traduction anglaise (Book 6, the Law of Obligations, Draft Text and Commentary, édité par le Ministère de la justice des Pays-Bas, Leyden, 1977) ; MAZEAUD, précité, supra, note 12, nos 1234 et s. ; M. WILL, précité, supra, note 6, p. 280 et s.

16. L'article 6.3.2.5 requiert que la chose "ne rencontre pas les exigences qui, dans les circonstances données, peuvent être établies pour cette chose", qui comprend le cas où une carabine vient à être chargée à un moment qui ne convient pas (p. ex. durant un spectacle). Cette disposition contient deux autres restrictions : il faut savoir que le "vice" cause un danger particulier aux personnes ou aux choses. Ces

restrictions ont une portée pratique minime ; voir G.J. de GROOT, "Wettelijke aansprakelijkheid voor schade Versorzaakt door bestaande gebouwen en werken en door het gebruik van gebrekkige zaken", Bouwrecht, 1979, p. 608.

17. Civ. 24 fév. 1941, S. 1941.201. Cela est vrai aussi pour la Belgique : "La position anormale occupée par une chose, en elle-même non vicieuse", n'est pas couverte par la notion de "vice de la chose", voir Cass. 27 nov. 1969, J.T. 1970, p. 116, discuté par DALQ, in Rev. Cr. de Jur. Belge, 1970, p. 59 et s. et CORNELIS, R.W., 1970, p. 2007. Contra DE PAGE, précité, supra, note 5, n° 1007 (publié avant la décision de 1969).

18. Voir DE PAGE, précité, supra, note 5, n° 1007 ; CORNELIS, précité, supra, note 17, p. 2011.

19. Comp. l'article 58 du Code des Obligations suisse Werke, qualifié par Von CAEMMERER, "Das Verschuldensprinzip in rechvergleichender Sicht", Rabelz, 1978, p. 13, de besonders wichtiger Fall objektiver Haftung. Cela est surtout vrai pour les dommages causés dans une entreprise industrielle. En ce qui concerne les immeubles, la responsabilité n'est plus limitée aux dommages causés par la ruine.

20. Le projet original contenait un article (6.3.14) sur les véhicules à moteur qui n'exigeait pas l'existence d'un vice si "le risque à l'égard des personnes ou des choses constitué par un véhicule à moteur en marche s'est matérialisé" (Traduction en anglais du Livre VI cité ci-dessus, à la p. 48). Étant donné que cette disposition n'accepte pas la force majeure ou la faute d'un tiers comme causes d'exonération, elle ressemble fortement à la proposition de M.A. TUNC, Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit de l'article 1384 al. 1er du Code civil, Dalloz, 1975, p. 81 et s.

21. Van ZEBEN et al., Parlementaire Geschiedenis Boek 6, 1981, p. 745.

22. Comp. le Restatement 2nd on the Law of Torts américain, par. 519-520, Art. 454 RSFSR, Art. 345 C. civ. hongrois, Art. 344 ZGB du Code de la R.D.A. Le régime néerlandais ressemble quelque peu aux articles italiens 2050 et 2051 qui imposent une responsabilité du fait des choses et une responsabilité du fait "d'activités dangereuses". Mais il évite le double emploi (ou le chevauchement) auquel ces articles

donnent lieu (voir M. WILL, précité, supra, note 6, p. 149 et s.).

23. MAZEAUD, précité, supra, note 12, nos 1606, 1653-1.

24. MAZEAUD, ibid., n° 1607.

25. CORNELIS, R.W., 1975, p. 2013 et s.

26. Voir sur cette "question hypothétique", "Brevet, Aansprakelijkheid voor zaken", Ars Aequi, 1966, p. 246.

27. En ce sens, Trib. Bruxelle, 12 mars 1964, Rev. Gén. Ass. et Resp., 1964, p. 7308.

28. Sur la responsabilité des skieurs, voir MAZEAUD, précité, supra, note 12, n° 1270 (p. 390) et Ginette NACHIN, "La responsabilité civile du skieur", Rev. Trim. de Dr. Civ., 1973, p. 701. En Italie, il ne semble pas que l'on considère le ski comme étant une activité dangereuse, M. WILL, précité, supra, note 6, p. 174.

29. G. VINEY, "Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil", Rev. Trim. de Dr. Civ., 1970, p. 251 et s.

30. Au Québec, le professeur Louis BAUDOUIN a plaidé en faveur de cette règle, Les aspects généraux du droit civil dans la province de Québec, Paris, Dalloz, 1967.

31. Van ZEBEN et al., précité, supra, note 21, p. 652.

32. Aux Pays-Bas, une règle sur la responsabilité du fait des produits est non seulement demandée pour les motifs qui sont partout avancés en sa faveur, mais aussi pour les raisons découlant de notre nouveau corps de lois. Si la responsabilité du fait des choses incombe à quiconque possède un objet défectueux, y compris les objets de consommation, il est raisonnable que l'acheteur d'un tel objet qui a été tenu responsable à l'égard d'un tiers, puisse exercer un recours à l'encontre du fabricant de cet objet. Cela est d'autant plus vrai que le nouveau droit sur la vente va supprimer le recours pour préjudice contre celui qui a vendu l'objet sans avoir eu connaissance de ses vices, une règle qui à son tour est la contrepartie de la règle proposée relative à la responsabilité obligatoire du vendeur tenu à rembourser le prix de l'objet défectueux à l'acheteur (article proposé 7.1.3.7).

33. Kötz, "Haftung für besondere Gefahre", AcP, 1970, p. 36 et s., Von CAEMMERER, précité, supra, note 19, pp. 14-15, M. WILL, précité, supra, note 6, p. 305 et s.

M. Claude Tellier :

Je remercie monsieur Hartkamp de sa communication qui était des plus intéressantes. J'invite maintenant, le troisième conférencier, monsieur Claude Fabien, professeur autrefois à l'Université de Sherbrooke et maintenant à l'Université de Montréal. M. Fabien a montré un intérêt particulier non seulement pour le domaine du droit civil, et la responsabilité, mais également pour le domaine de la documentation juridique et de la jurimétrie. Il est aussi président du Conseil canadien de la documentation juridique.

M. Claude Fabien :

VALEURS ET LANGAGE DANS LA CODIFICATION
DU DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Dans leur interaction avec leur environnement physique et social, les personnes subissent inévitablement des pertes, à divers degrés. Dans certains cas, la perte devient un événement tragique, surtout lorsque la personne est frappée dans son intégrité physique. Il en résulte, souvent, une certaine déchéance économique et sociale susceptible d'engendrer, chez la victime, un profond sentiment de frustration. Quand la perte semble provenir du fait d'un agent humain, elle est perçue comme une agression, à laquelle la victime répond par ses propres sentiments hostiles ou agressifs. Bref, non seulement ces pertes menacent l'équilibre social en jetant certaines personnes dans un état de déchéance, mais elle mettent en péril la paix sociale par les sentiments d'agressivité qu'elles provoquent.

Historiquement(1), c'est par la vengeance privée que l'individu a réagi à ces agressions. L'évolution sociale a canalisé et tempéré l'agressivité individuelle par l'élaboration du droit pénal chargé de punir et de réprimer le comportement anti-social. Plus tard, l'idée de réparation a fait son chemin, s'est détachée du droit pénal, et a trouvé sa pleine expression et son autonomie dans le droit moderne de la responsabilité civile.

Le droit ne comble pas la perte : il est impuissant à recréer ce qui a été perdu à jamais pour tous. Il ne peut rien faire de plus que modifier l'effet brutal du destin en disant qui en répondra et en faisant subir la perte, selon le cas, à une personne autre que

celle qui a été initialement frappée. Au-delà des définitions classiques(2), on peut dire que le droit de la responsabilité civile est un système de redistribution des pertes par des règles qui en déterminent l'incidence selon un ensemble de principes jugés socialement opportuns.

Au Québec, c'est le Code civil qui a assumé cette tâche, à compter de son entrée en vigueur en 1866, soit un an avant la Confédération. Les Codificateurs québécois ont largement importé les principes généraux et les idées fondamentales du Code Napoléon. Ils modifièrent cependant l'utilisation et le choix des termes dans le but, dirent-ils d'"obvier aux objections soulevées contre eux"(3).

Plus d'un siècle s'est écoulé. Le monde occidental a connu la révolution industrielle, l'urbanisation, l'ère des transports à grande vitesse, la révolution scientifique, et, à travers ces bouleversements, un accroissement radical des risques de pertes. Pourtant, à part quelques amendements mineurs(4), les règles du Code consacrées à la responsabilité civile n'ont pas changé. La jurisprudence a assumé la tâche de les adapter aux réalités nouvelles, avec un succès inégal. Deux développements jurisprudentiels importants méritent d'être signalés : la découverte, vers 1922, d'une présomption légale de faute opposable au gardien d'une chose qui cause un dommage par son fait autonome(5), et l'utilisation croissante, depuis les années 1960, du régime contractuel de responsabilité comme canal d'indemnisation des dommages corporels, que l'on avait pris l'habitude de confier à la responsabilité délictuelle(6).

Après plus d'un siècle d'une relative immobilité, il paraît bien indiqué de réfléchir sur l'état du droit de la responsabilité civile et sur le véhicule privilégié qu'il a choisi, soit la codification. Il peut paraître paradoxal de parler de codification à propos de la responsabilité civile, car il s'agit d'un domaine qu'on pourrait qualifier de sous-codifié, dé-codifié et contre-codifié.

Il s'agit d'un domaine sous-codifié dans la mesure où ce droit, à la manière d'une pyramide renversée, repose sur quelques articles laconiques et incomplets. L'honnête citoyen qui cherche le droit de la responsabilité ne peut s'en faire une idée à la lecture du Code : il doit se référer à un manuel d'instruction de 500 pages, comme l'excellent Traité du professeur J.-L. Baudouin(7).

Ce domaine de notre droit s'apparente davantage à la common law qu'au droit civil, quant à sa forme et à ses sources. Non seulement utilise-t-il des termes vagues et non définis comme celui de "faute", mais il demeure absolument silencieux sur certaines questions importantes, comme les clauses de non-responsabilité.

Il s'agit d'un domaine dé-codifié dans la mesure où il a subi, au cours des ans, l'érosion de lois sociales importantes. Vers 1909, une loi relative aux accidents du travail(8) vint exclure, en principe, l'application du droit commun aux victimes d'accidents du travail. Il ne subsiste, aujourd'hui, qu'un recours en supplément d'indemnité contre le tiers responsable, étranger à la relation de travail(9). En 1978, la Loi sur l'assurance automobile(10) faisait une nouvelle brèche en créant une Régie et un système d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile, sans égard aux règles de la responsabilité, quant aux dommages corporels. Les recours civils subsistent de façon marginale, notamment pour les dommages aux véhicules, quand ils ne sont pas couverts par un mécanisme d'indemnisation directe créé par la loi(11), mais administré par les compagnies d'assurance du secteur privé. Il convient de signaler, à un titre moindre, la Loi d'indemnisation des victimes d'actes criminels(12) qui, depuis 1971, protège les victimes d'actes criminels contre l'insolvabilité de leurs auteurs et indemnise les personnes qui subissent des dommages lorsqu'elles portent assistance à la Justice ; et la Loi visant à favoriser le civisme(13) qui, depuis 1977, indemnise les personnes victimes de dommages lorsqu'elles portent à autrui le secours que prescrit l'art. 2 de la Charte des droits et des libertés de la personne(14). Ces lois, qui se veulent des réponses d'exception à des problèmes sociaux pressants, correspondent à une régression importante du droit commun, tant sur le plan quantitatif que qualitatif, et constituent une forme de contestation de la pertinence et de l'actualité du droit commun.

Il s'agit, enfin, d'un domaine contre-codifié, dans la mesure où il a été affligé d'amendements qui pèchent contre les règles de cette technique législative particulière que constitue la codification. L'article 1056 C.civ.(15) est venu pécher contre la cohérence, en limitant la liste des personnes pouvant obtenir réparation pour les dommages que leur cause un décès, sans que pareille limitation ne soit imposée aux personnes qui subissent des dommages par ricochet, à la suite de simples blessures subies par une autre personne, sans qu'elle ne décède. Le caractère trop restrictif de l'énumération de

l'article 1056 C.civ. a forcé le législateur à l'amender pour y ajouter l'enfant naturel(16). On attend encore que le législateur se montre sensible au sort de l'ex-conjoint, bénéficiaire d'une ordonnance alimentaire consécutive à un divorce, qui n'a, présentement, aucun recours contre la personne responsable du décès du débiteur de la pension alimentaire(17).

L'art. 1056 c) a été amendé(18) pour porter de 5 % à 15 % l'intérêt payable sur les dommages causés par délits et quasi-délits (19), sans que l'on songe à accorder le même avantage aux victimes de fautes contractuelles. Enfin l'art. 2260 a) a créé, plus récemment, une prescription de trois ans "en matière de responsabilité médicale et hospitalière"(20), en réaction hâtive et partielle à un jugement de la Cour suprême(21) qui déclarait que le recours pour blessures consécutives à une faute contractuelle se prescrivait par un an (art. 2262-2 C.civ.) et non par 30 ans (art. 2242 C.civ.), comme la plupart des juristes québécois le croyaient jusqu'alors. En introduisant, par cet amendement, des termes nouveaux, le législateur a jeté le plus grand doute sur leur portée exacte : visent-ils le dentiste, l'infirmière, le pharmacien, l'optométriste, l'ambulancier exercant en dehors du centre hospitalier? Par le caractère trop restrictif de ces termes, il a privé du bénéfice d'une prescription plus généreuse d'autres victimes qui le méritaient tout autant.

Ces observations nous amènent à croire qu'il est impérieux de réfléchir à la codification du droit de la responsabilité civile. Ce qui risquerait d'être un exercice nécessaire mais quelque peu déprimant peut être abordé avec un certain optimisme dans le contexte québécois actuel. En effet, nous nous situons à l'heure de la révision du Code civil. Cette opération, à laquelle l'Office de révision du Code civil s'est livré pendant plus de dix ans, a produit, en 1977, un Projet de Code accompagné des Commentaires de l'Office(22). Le gouvernement du Québec a choisi de bâtir le nouveau Code par tranches(23), et le jour n'est pas loin où sera élaboré le nouveau droit des obligations et de la responsabilité civile.

Dans ce contexte, c'est l'évolution immédiate de la responsabilité civile qui retiendra notre attention. Dans une comparaison entre l'état actuel de sa codification et celle qui est proposée dans le Projet de l'Office, nous tenterons d'en cerner deux paramètres fondamentaux : ses valeurs et son langage.

I VALEURS

Les valeurs sur lesquelles devraient reposer la codification de la responsabilité civile nous semblent imposées par les besoins sociaux qui justifient l'existence de ce droit et auxquels il a mission de répondre. Il n'y a pas de valeurs inhérentes à la codification : cette dernière est une technique législative au service de valeurs définies en dehors d'elle par une décision politique. C'est donc matière d'opinion. Nous retiendrons pour les fins de notre analyse les valeurs suivantes :

- paix sociale par l'indemnisation ;
- économie des ressources par la prévention ;
- cohérence des règles ;
- primauté de la personne.

Nous nous proposons d'examiner dans quelle mesure le Code civil les réalise et si le Projet de l'Office permettrait d'y tendre davantage.

A La paix sociale par l'indemnisation

Dans la mesure où la perte que subit un individu est pour lui source de souffrance et d'agressivité contre ceux qu'il croit en être la cause, il est nécessaire, pour la paix sociale, que cesse son sentiment d'agressivité et de frustration. On pourrait croire que la réhabilitation économique suffit, seule, à cette fin. C'est douteux. D'abord, cette réhabilitation économique n'est jamais complète : une partie de l'indemnité est versée à l'avocat à titre d'honoraires extra-judiciaires. Ensuite, la réparation des dommages moraux n'est jamais que timide et symbolique. Enfin, il y a toujours le poids additionnel des ennuis du procès qui pèse lourdement pour les personnes non initiées aux grandeurs et aux misères du processus judiciaire. Il apparaît donc que, outre la réhabilitation économique, la satisfaction psychologique de la victime soit un second ingrédient nécessaire de la paix sociale.

Beaucoup de facteurs font obstacle à l'indemnisation de la victime. Certains sont d'ordre juridique : il s'agit de règles qui peuvent être changées ou améliorées. D'autres sont d'ordre économique : ils échappent au contrôle direct des juristes et posent un problème d'autant plus aigu.

1. Obstacles juridiques

Parmi les obstacles d'ordre juridique qu'une victime doit surmonter pour obtenir réparation, il en est trois qui retiennent l'attention : la capacité de discernement chez l'auteur de la faute dommageable, le fardeau de la preuve et la détermination d'une indemnité satisfaisante.

Dans l'état actuel du droit, la victime d'un dommage causé par une personne privée de discernement, comme un enfant en bas âge ou un aliéné, n'a aucun recours valable contre cette personne(24). Appelé à choisir entre la personne qui a causé le dommage et sa victime, l'Office a opté pour cette dernière(25) :

> "Celui qui, privé de discernement, cause un dommage à autrui, peut être tenu à réparation selon les circonstances.
>
> On doit, notamment, tenir compte de ce que la victime ne peut obtenir réparation de la personne tenue à sa surveillance." (V-95 : Projet)

Il paraît, en effet, odieux de priver la victime de toute réparation d'une personne qui, bien qu'incapable de discernement, serait couverte par une assurance de responsabilité ou serait parfaitement solvable.

Les exigences de la preuve ont été le cimetière de bien des recours en responsabilité. C'est souvent le cas lorsque la cause du dommage demeure inconnue, lorsque les moyens de preuve ont été détruits ou sont contradictoires. Qui doit alors supporter les conséquences des carences de la preuve : la victime ou la personne dont l'activité ou la chose ont causé le dommage? Le Code offre le secours de présomptions légales aux personnes victimes de dommages causés par des choses. Une présomption de faute pèse sur le gardien de la chose qui a causé un dommage(26), mais il peut y échappper en prouvant qu'il

n'a pas commis de faute(27). Une présomption de responsabilité pèse sur le propriétaire du bâtiment dont la ruine cause un dommage, mais la victime doit prouver qu'il est survenu par vice de construction ou défaut d'entretien, ce qui revient souvent, en pratique, à prouver la cause du dommage(28).

Le Projet propose, avec raison croyons-nous, d'alourdir ces présomptions. Le gardien de la chose devrait désormais prouver cas fortuit pour s'exonérer(29). Le propriétaire du bâtiment aurait le fardeau de prouver que la ruine du bâtiment ne provient ni d'un vice de construction ni d'un défaut d'entretien(30). Un nouveau recours est créé contre le fabricant et le distributeur d'une chose mobilière dont le vice caché de conception, de fabrication, de conservation ou de présentation cause le dommage, même si le défendeur prouve qu'il n'a pas commis de faute(31).

La détermination d'une indemnité juste et satisfaisante a toujours posé un problème aux tribunaux, notamment en matière de blessures et de dommages moraux.On pourrait y pallier par la révision des indemnités et par l'attribution de dommages exemplaires ou punitifs.

Dans l'état actuel du droit, le jugement fixe à jamais l'indemnité de la victime, en condamnant la partie responsable à payer une somme forfaitaire. En cas de blessures, les séquelles permanentes sont susceptibles d'évoluer dans un sens différent de celui mis en preuve, soit dans le sens de la guérison ou de l'aggravation. Le Projet propose un mécanisme de révision réservé exclusivement à la victime, au cas d'aggravation sérieuse de son état survenue depuis le jugement final(32). L'Office a pris parti pour la victime en refusant la révision à la baisse à la demande de la partie responsable. Il n'a pas voulu inhiber la guérison ou la réhabilitation de la victime par une menace économique abusive(33).

Une seconde mesure pourrait favoriser la recherche d'une indemnité satisfaisante pour la victime : c'est la possibilité qu'aurait la victime d'obtenir des dommages punitifs en cas de faute lourde ou intentionnelle. Ce type de dommages-intérêts était inconnu au Québec avant l'adoption, en 1975, de la Charte des droits et libertés de la personne(34), dont l'article 49 permet l'attribution de dommages "exemplaires" en cas de violation des droits et libertés qu'elle protège. Il faut

reconnaître que de tels dommages punitifs, quoique critiquables à plusieurs égards, sont de nature à procurer à la victime une satisfaction psychologique utile à la paix sociale, et à favoriser le rôle préventif de la responsabilité civile.

2. Obstacles économiques

La victime fait face à des obstacles économiques d'autant plus difficiles à résoudre qu'ils échappent au contrôle du droit. Il s'agit notamment du changement de conditions économiques et de l'insolvabilité du débiteur.

Le changement de conditions économiques est un phénomène qui frappe, durement, toutes les victimes d'incapacité permanente dont la perte de gains futurs a été indemnisée avant que l'inflation ne vienne récemment bouleverser l'économie(35). Un juge appelé, en 1971, à évaluer l'incapacité permanente totale d'un ouvrier spécialisé de 25 ans aura recherché dans la preuve quelle courbe de revenu aurait connu la victime durant sa vie professionnelle active, soit jusqu'en l'an 2010. Déjà, en 1981, on peut dire que les calculs du juge les plus favorables à la victime auront été déjoués par l'escalade des salaires au cours des dernières années. De la même manière, l'évaluation des déboursés futurs nécessités par sa condition au cours de ses 40 années d'expectative de vie paraîtrait aujourd'hui hautement fantaisiste. Il y a là, pour la victime, matière à frustration légitime, à laquelle la révision du droit de la responsabilité civile devrait tenter de répondre, sous peine d'échec.

L'insolvabilité du débiteur de la réparation, par contre, n'est pas un phénomène nouveau. Pour la victime, un jugement non exécuté est l'équivalent d'un recours rejeté. Ses ravages sont grandement atténués par la popularisation de l'assurance-responsabilité. Mais cette mesure demeure subordonnée à l'initiative et à la prévoyance du débiteur. On est tenté, devant le phénomène de l'insolvabilité, de s'en remettre à l'autre extrême, à un système d'indemnisation universelle et garantie, sans égard aux règles de responsabilité. Pourtant, on peut concevoir la coexistence du recours de droit commun avec la sécurité qu'offrirait un fonds d'indemnisation à caractère public, sur le modèle du Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles. Si l'idée d'un tel fonds, couvrant tous les jugements non satisfaits, en responsabilité civile, paraît trop onéreuse, on pourrait

en limiter l'usage aux personnes victimes d'atteinte à leur intégrité.

Ni le droit actuel, ni le Projet n'offrent de solutions à ces obstacles économiques. Pourtant, le public fera le procès du système sur son efficacité globale, et non pas seulement sur la perfection théorique des règles qui le régissent. Si le système n'est pas efficace, il sera globalement écarté.

B L'économie des ressources par la prévention

Il n'est pas évident que le droit de la responsabilité civile doive assumer une fonction de prévention. On voit mal, d'ailleurs, par quels moyens il pourrait la réaliser.

1. Nécessité de la prévention

En responsabilité civile, la notion de "réparation" peut facilement induire en erreur. Qu'importe que des fautes se commettent, que des dommages soient causés, si le droit intervient pour en assurer la réparation volontaire ou forcée! Le civiliste aurait l'impression de se mêler de ce qui ne le regarde pas, en se souciant du comportement des individus et en cherchant à l'influencer dans le sens de la prévention.

En réalité, la réparation est une illusion. En matière de blessures ou de décès, l'équivalence pécuniaire est un mode de réparation souverainement inadéquat. L'argent ne redonne pas ses jambes à l'athlète, ni leur père aux enfants qui l'ont perdu. La philosophie de la vie évolue : on accorde, aujourd'hui, plus d'importance à la qualité de la vie qu'à l'intégrité de son patrimoine. La cécité survenue accidentellement empêche de gagner sa vie : mais, la victime souffrira encore davantage d'être privée de sports, de voyages, de la jouissance des arts visuels ou de la vue des êtres chers.

En matière de dommages matériels, la nécessité de la prévention est moins évidente. Une chose se remplace : on a alors l'illusion que la perte disparaît. Tel n'est pas le cas, à l'échelle sociale : la perte ne disparaît pas, elle se déplace. Or, nous vivons dans un environnement de pénurie et les valeurs de conservation et d'économie des ressources commencent à s'imposer. La

société a intérêt à déclarer la guerre au gaspillage, dont une partie est causée par négligence, insouciance et par tous les comportements antisociaux que notre droit inclut dans sa notion de faute.

On hésite à parler d'économie de ressources en relation avec les atteintes à l'intégrité de la personne. Il est plus facile de faire appel au caractère sacré de la vie et au principe de l'inviolabilité de la personne comme justification de la prévention des blessures. Mais il est réaliste de penser, aussi, que les ressources affectées à l'indemnisation d'un blessé ne serviront pas à d'autres fins sociales utiles, et que cet individu blessé est, lui-même, une ressources physique, intellectuelle et affective dont la société sera privée.

Il n'est pas inutile de rappeler les vertus de la prévention dans une société qui semble de plus en plus désensibilisée et fataliste devant le phénomène des pertes, peut-être à la faveur de la généralisation de l'assurance et des mesures d'assistance sociale.

2. Moyens de la prévention

Le droit de la responsabilité civile peut contribuer à la prévention des pertes par l'impact social des décisions judiciaires, l'énoncé des obligations de comportement envers autrui et le recours à l'exécution en nature des obligations de comportement. Nous ne pouvons pas démontrer ni mesurer l'influence de ces facteurs sur la prévention. Il s'agit d'une hypothèse qui mérite qu'on y réfléchisse, vu la gravité des enjeux.

- L'impact social des décisions judiciaires

L'impact social des décisions judiciaires peut être mieux compris par l'examen des domaines dont il est absent, comme, au Québec, celui des accidents de travail et celui des accidents d'automobiles. Il s'est manifesté plus récemment en rapport avec les arrêts de travail illégaux.

Vers 1909, les tribunaux évacuaient le domaine des accidents de travail(36). Ils cessèrent alors de pouvoir énoncer, à l'occasion d'actions en responsabilité, les standards de prudence et de diligence auxquels sont soumis les employeurs et les entreprises dans des circonstances diverses et changeantes. La fonction de

surveillance qu'exercaient les tribunaux semble avoir été négligée pendant bien des années. Il a fallu attendre la montée du syndicalisme pour qu'une nouvelle vigilance s'exerce. Les syndicats exposent aujourd'hui les abus et les anomalies de manière plus agressive, mais se heurtent, parfois, à un problème de crédibilité auprès de l'opinion publique. Les enquêtes du coroner, consécutives à un décès, réussissent, parfois, à projeter dans l'opinion publique les problèmes de la sécurité au travail. Des mouvements sporadiques de l'opinion amènent le gouvernement à créer, de temps à autre, des commissions spéciales d'enquête. Finalement, en 1980, le gouvernement a dû remplacer l'ancienne Commission des accidents du travail par la Commission de santé et sécurité au travail, dans le but de redresser une situation qui suscite un mécontentement grandissant(37).

Nous soummes d'avis que la société s'est privée d'un outil de surveillance et de prévention utile en éjectant les tribunaux et le droit de la responsabilité civile du domaine des accidents de travail. Le système de droit commun s'est, peut-être, avéré un mauvais mécanisme d'indemnisation, et méritait d'être remplacé dans cette fonction. Nous croyons qu'il était, et aurait pu continuer à être, un bon mécanisme d'examen des comportements, susceptible de contribuer au développement et au maintien de standards élevés de prudence et de diligence dans les entreprises.

Le domaine des accidents d'automobiles permet de faire le même commentaire. Depuis 1978, les tribunaux n'y exercent pratiquement plus(38). La Régie de l'assurance automobile fait entendre, chaque année, ses doléances sur l'augmentation et la gravité des accidents d'automobiles(39). On a contesté le rôle préventif et éducatif des tribunaux en matière de conduite automobile, en soutenant que l'instinct de préservation de l'automobiliste ou son attachement à ses passagers, souvent des membres de sa famille, constituaient des incitations à la prudence amplement suffisantes(40).

Il en va autrement, à notre avis, des agents extérieurs susceptibles de causer des accidents d'automobiles. Il y a le fabricant de l'automobile dont les vices cachés peuvent causer des accidents, le constructeur qui peut causer des entraves à la circulation sur la voie publique, la corporation municipale qui peut commettre des erreurs dans la signalisation routière, la voirie municipale ou provinciale qui néglige d'installer des glissières

de sécurité ou une signalisation adéquate là où il y a des obstacles mortels.

Nous émettons l'hypothèse qu'en l'absence de tout examen de leur comportement par les tribunaux et d'exposition de ces comportements dans l'opinion publique, ces agents extérieurs définissent leurs propres standards, et, qu'à l'inverse, le maintien d'une certaine forme d'intervention des tribunaux aurait pu contribuer au bien public.

Le développement récent de la responsabilité civile des syndicats, pour les dommages causés par des arrêts de travail illégaux, peut également illustrer notre propos. L'écho retentissant que les médias ont donné à ces condamnations civiles(41) est de nature à faire réfléchir bien des dirigeants syndicaux et travailleurs syndiqués qui avaient joui, jusqu'alors, d'une certaine immunité de fait. On hésitera, sans doute longtemps, avant d'extraire ce domaine du droit commun et d'organiser un système d'indemnisation sans égard à la responsabilité. Une telle suggestion pourrait paraître dangereuse en regard des dommages causés par les conflits de travail en milieu hospitalier, où le maintien des services essentiels est loin d'être assuré et où le droit de la responsabilité civile semble être le dernier rempart contre l'anarchie. On sent, dans un tel cas, que l'impact des décisions des tribunaux est réel ; il peut avoir un effet dissuasif et faire prendre conscience à d'honnêtes travailleurs syndiqués des devoirs que ne leur avait pas enseignés la rhétorique des relations de travail.

À la lumière de cette expérience, il y aurait lieu de résister à la tentation de transférer massivement de nouveaux champs d'indemnisation en dehors du système de droit commun, sans une évaluation de toutes les valeurs en cause.

- L'énoncé des obligations de comportement envers autrui

Ce second moyen de prévention est peu coûteux. Il sert à la fois la fonction curative et la fonction préventive du droit.

Le Code civil se limite à dire que toute personne répond du dommage causé par sa "faute", sans expliciter cette notion(42). L'expérience judiciaire accumulée devrait, aujourd'hui, permettre d'énoncer en

termes positifs un certain nombre de devoirs incontestablement inclus dans cette notion. Le justiciable devrait pouvoir lire dans le Code un certain nombre d'indications sur les standards de comportement que le droit exige de sa part.

Le Projet de l'Office a fait des pas précieux dans cette direction. Il énonce, comme il se doit :

> "Toute personne, douée de discernement, est tenue de se comporter à l'égard d'autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable."
> (94 Livre V)

On retrouve dans le Projet un certain nombre d'énoncés du même type, qui paraîtront tous évidents au juriste, mais qui promettent d'être reçus par le justiciable comme d'utiles révélations(43).

- L'exécution en nature des obligations de comportement

Le troisième moyen de prévention se distingue des deux premiers par son caractère direct et immédiat. Une personne menacée de dommage, par le comportement fautif persistant d'une personne ou par l'état menaçant ou dangereux d'une chose, peut s'adresser aux tribunaux pour en demander la cessation ou le redressement.

Ce moyen de prévention est implicitement présent dans notre droit, notamment dans la jurisprudence, en matière d'injonction(44). Le Projet a le mérite de signaler explicitement son existence à l'article 267 (Livre V). Il est possible que ce recours puisse permettre aux tribunaux d'intervenir, même en matière d'accidents de travail ou d'automobiles (45).

C La cohérence des règles

La cohérence est une qualité qui devrait se retrouver dans toute législation. Il semble que la codification soit une technique législative particulièrement apte à la réaliser. La cohérence s'élève au niveau de valeur lorsqu'elle vise à ne pas créer d'inégalité ou de disparité de traitement injustifiées entre les sujets de droit.

Dans l'état actuel du droit, la coexistence de deux régimes de responsabilité crée des problèmes d'ordre théorique, mais aussi d'ordre pratique(46). Il existe dans les faits un conflit entre les deux régimes, que nous aimerions mettre en lumière, pour ensuite considérer dans quelle mesure le Projet compte y remédier.

1. Le conflit entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité

Le problème peut être illustré par un exemple simple. Deux adolescents se rendent dans un centre de ski pour pratiquer leur sport préféré. La jeune fille achète le billet de monte-pente sur lequel elle lit une stipulation de non-responsabilité. Le garçon, voulant simplement vérifier la qualité de la neige, ne l'achète pas. Les deux s'installent dans la chaise double du monte-pente au moment où le préposé a le dos tourné. En cours de montée, la chaise se décroche pour une raison obscure et tombe dans le ravin. Les deux perdent l'usage de leurs jambes pour la vie. Quelle sera leur situation respective en regard du droit actuel?

Le recours de la jeune fille contre l'exploitant sera exercé sous le régime contractuel, et celui du garçon sous le régime délictuel, parce qu'il n'y a pas de contrat. Les conséquences sont les suivantes.

Sur le plan de la prescription, les deux recours sont soumis à un délai uniforme d'une année(47). Si le recours était survenu avant 1975(48), on aurait dit que le recours de la jeune fille se prescrivait par 30 ans.

Sur le plan de l'intérêt payable sur l'indemnité, la jeune fille recevra 5 %, le garçon 15 % en vertu de l'art. 1056 c) C.civ.

La clause de non-responsabilité est opposable à la jeune fille, qui pourrait voir son recours rejeté pour ce motif, à moins qu'elle ne prouve faute lourde de l'exploitant(49). La clause est inopposable au garçon.

La jeune fille a le fardeau de prouver la faute contractuelle de l'exploitant : elle échouera puisque, par hypothèse, la cause de l'accident est

inconnue. Le garçon pourra invoquer la présomption légale de faute de l'art. 1054 al.1er C.civ. ; c'est l'exploitant qui subira les conséquences de la carence de preuve.

Si on découvre un an plus tard que l'exploitant est insolvable et que l'accident est attribuable à la faute commune de l'exploitant et du fabricant, le garçon pourra poursuivre le fabricant, alors que la jeune fille ne le pourra pas, à cause des règles de solidarité différentes(50).

Il s'agit d'une situation d'inégalité de traitement difficilement justifiable, si l'on songe que les deux victimes se trouvaient dans des situations de fait presqu'identiques. La divergence des solutions juridiques dans pareil cas peut facilement constituer pour le public une cause de scandale. Il n'est pas étonnant que, face à une telle disparité de règle, nos tribunaux aient inventé la théorie du cumul ou de l'option. Cette théorie, dénoncée comme une hérésie par les auteurs(51), est encore tolérée par les tribunaux(52). On peut y voir un mécanisme inélégant d'atténuation des injustices que pourraient engendrer une application trop rigoureuse des règles.

2. Solution du conflit

Si le Projet de l'Office était adopté, voici quel serait le sort de nos skieurs.

Les deux recours seraient soumis à une prescription uniforme de trois ans(53). L'intérêt sur l'indemnité serait de 15 % dans les deux cas(54). La clause de non-responsabilité serait sans effet, parce que les deux sont victimes d'atteinte à leur personne (55). Dans les deux cas, l'obligation serait solidaire, et l'action contre l'exploitant interromprait la prescription contre le fabricant(56). Par contre, les problèmes de preuve continueraient d'affecter le recours de la jeune fille : ne pouvant prouver la faute de l'exploitant, elle échouerait. Le garçon pourrait invoquer avec succès la présomption de responsabilité édictée contre le gardien de la chose(57).

On voit que le Projet de l'Office a non seulement tenté de réaliser l'unité théorique des régimes de responsabilité, mais qu'il a aussi réussi, dans une grande mesure, à en harmoniser les règles. Mais est-ce

suffisant? Nous sommes tristes à la pensée que notre jeune skieuse perd encore ultimement son recours, parce qu'elle ne jouit pas du secours des présomptions qui sont offertes à son frère. Il s'agit, à notre avis, d'une disparité difficilement acceptable. Il faudrait songer à appliquer au régime contractuel les présomptions relatives aux obligations découlant de la loi, soit en les déclarant d'ordre public, soit en les tenant pour supplétives à moins de stipulation contraire, soit en réservant leur application aux recours contractuels pour atteinte à l'intégrité de la personne.

D Primauté de la personne

S'il est vrai qu'il n'y a pas de valeur inhérente à la codification, comme technique législative, le Code, en revanche, véhicule des valeurs. Il est parfois malaisé de les reconnaître, parce que le législateur préfère ne rien en dire et laisser les règles parler d'elles-mêmes. L'interprétation de la philosophie du Code est une entreprise hasardeuse. Malgré tout, il nous semble bien que le Code civil et le Projet de l'Office, dans l'aménagement de la responsabilité civile, procèdent d'une philosophie fort différente.

1. Philosophie du Code civil

Nous croyons voir dans le Code civil une conception patrimoniale de la responsabilité civile(58). L'accent est mis sur la réparation. Il s'agit d'un système de répartition et de contrôle des pertes patrimoniales. Ce qui importe, c'est la réhabilitation économique. On peut reconnaître l'influence d'une certaine forme de libéralisme. L'individu est libre d'agir à sa guise, pourvu qu'il paie lorsqu'il cause un dommage. On suppose que la perspective d'avoir à payer pour la conséquence de ses fautes constitue une incitation suffisante à la prudence.

Un tel système repose sur deux postulats : d'abord que toute personne est solvable et capable de réparer le dommage qu'elle cause, ensuite que l'argent est un mode adéquat de réparation. Ces postulats sont fort éloignés de la réalité. L'insolvabilité de fait vient, trop souvent, mettre à néant les intentions réparatrices du droit de la responsabilité civile. En second lieu, l'argent est impuissant à réparer adéquatement les blessures physiques ou psychologiques.

Une telle philosophie, poussée à l'extrême, conduit au cynisme. Un manufacturier peut bien faire froidement le calcul qu'il en coûte moins cher d'indemniser les quelques personnes qui seront blessées par son produit plutôt que d'en améliorer la qualité. Par ailleurs, on peut imaginer la paraplégique dire : "Reprenez votre argent et redonnez-moi mes jambes!".

2. Philosophie du Projet de l'Office de révision du Code civil

Le Projet propose un déplacement d'accent en reconnaissant la primauté de la personne sur le patrimoine. Antérieurement à l'obligation de réparer, domaine traditionnel de la responsabilité civile, le Projet énonce, en termes positifs et explicites, l'existence d'obligations de comportement à l'égard d'autrui(59). Ces obligations sont distinctes de la responsabilité stricte. Elles ne sont plus de simples conditions de la responsabilité. Elles sont autonomes et pourraient faire l'objet d'une sanction, indépendante des dommages-intérêts, en cas d'inexécution. Ces énoncés peuvent également avoir des effets préventifs. Quelques exemples nous permettront d'illustrer notre propos et d'apprécier ensuite la philosophie du Projet.

En plus d'énoncer l'obligation de se comporter avec la prudence et la diligence de l'homme raisonnable(60), le Projet propose :

- l'obligation de ne pas causer à autrui un préjudice qui dépasse les inconvénients normaux du voisinage (61) ;

- l'obligation pour les père et mère d'assurer avec prudence et diligence l'éducation et la surveillance de leur enfant mineur(62).

Ailleurs dans le Projet, des obligations de comportement sont énoncées en matière d'abus de droit(63), d'atteinte à la vie privée(64), d'atteinte à l'intégrité de la personne(65), d'usurpation de nom(66), de rupture de promesse de mariage(67).

La primauté de la personne a aussi été affirmée dans la réglementation de la clause de non-responsabilité(68), qui est sans effet en cas d'atteinte à la personne. En matière de responsabilité du fabricant, le

recours et les présomptions qui s'y rattachent ne sont pas limités à la personne qui est propriétaire de la chose, mais s'étendent à toute personne qui subit un dommage direct attribuable à la chose(69).Enfin, la victime de blessures peut demander un complément d'indemnité en cas d'aggravation sérieuse de son état survenue depuis le jugement final(70).

Le Projet propose une philosophie qui marque un progrès par rapport au Code civil. Pousse-t-il assez loin la primauté de la personne? Le défi le plus important, posé actuellement au droit de la responsabilité civile, est celui de répondre au problème des accidents portant atteinte à la personne. On a cru que seule la législation sociale d'exception pouvait adéquatement résoudre les problèmes d'accidents de travail et d'automobiles. On pourra être tenté d'appliquer la même solution à d'autres domaines, si la responsabilité civile ne s'avère pas un meilleur mécanisme d'indemnisation.

Nous croyons que ce droit peut relever le défi en améliorant, de façon radicale, le sort fait aux victimes de blessures. Notre système fait actuellement varier les solutions juridiques en fonction des causes du dommage, selon, par exemple, que le dommage est causé par le fait de l'homme ou par celui de la chose. Il n'est pas inconcevable qu'il adopte une distinction fondée sur l'effet de l'acte dommageable et la nature du dommage. Cette distinction existe, présentement, en matière de prescription de recours aux articles 2261 et 2262-2 C.civ. Ainsi, dans la foulée de l'art. 19 C.civ.(71), le Projet pourrait édicter une présomption générale de responsabilité pour les dommages résultant d'une atteinte à la personne, à charge par celui qui l'a causée de prouver, soit le consentement de la victime, soit l'autorisation de la loi, soit la cause étrangère qui ne lui est pas imputable. Ainsi, le Projet irait-il jusqu'au bout de sa philosophie. Il ne lui resterait qu'à trouver les mots pour le dire.

II LANGAGE

En matière de codification, les valeurs doivent être véhiculées par le langage. Le langage lui-même est porteur de valeurs. C'est pourquoi, il est utile d'en identifier les qualités et de rechercher dans quelle mesure on les retrouve dans l'évolution de la codification québécoise.

Nous considérerons, tour à tour, la cohérence du langage, le degré d'explicitation qu'il convient de donner aux règles, l'accessibilité pour le public au langage du Code et enfin quelques problèmes de terminologie.

A Cohérence du langage

À la cohérence des règles doit correspondre la cohérence du langage. On peut, ainsi, croire que ces deux niveaux de cohérence sont interdépendants. Nous aimerions illustrer notre propos d'un examen des notions d'obligation et de devoir en responsabilité civile.

Le Code n'emploie pas le mot devoir. On le retrouve souvent dans la jurisprudence(72) et la doctrine(73) comme synonyme d'obligation. L'Office de révision du Code civil, dans ses Commentaires, suit le même usage(74). La faute est indifféremment définie comme une contravention à une obligation préexistante ou à un devoir préexistant. Les auteurs parlent d'obligation générale de prudence et de diligence(75).

Cet usage est suspect sur le plan terminologique. Le vocabulaire scientifique doit être univoque. Il ne doit pas y avoir deux termes pour signifier la même chose. De plus, il nous semble que la notion d'obligation générale de prudence soit incompatible avec l'art.982 C.civ. qui dit :

> "Il est de l'essence d'une obligation qu'il y ait une cause d'où elle naisse, des personnes entre qui elle existe, et qu'elle ait un objet."

Une obligation ne peut, donc, jamais être générale : elle est toujours particulière, puisqu'il est de son essence qu'elle ait des coordonnées concrètes bien déterminées. L'expression "obligation générale" constitue, donc, une contradiction dans les termes. Mieux vaudrait, comme Savatier, parler de la faute civile en termes de devoirs(76).

L'inconvénient de cette solution, c'est qu'elle fait obstacle à la construction de l'unité théorique des régimes contractuels et délictuels de responsabilité. La faute contractuelle serait la contravention à une obligation, la faute délictuelle, la contravention à

un devoir. On peut considérer cette absence de symétrie comme un pur problème esthétique, sans grande importance. Il se peut qu'il y ait là un vice conceptuel qui mérite d'être corrigé.

Il existe une solution simple. Elle consiste à reconnaître que tout le régime contractuel de la responsabilité repose sur un devoir sous-jacent qui gagnerait à être explicité. Ce devoir est exprimé par le brocart Pacta sunt servanda(77). Le Code devrait déclarer que toute personne a le devoir d'honorer ses obligations contractuelles, comme elle a le devoir de se comporter envers autrui avec prudence et diligence. La faute, tant contractuelle que délictuelle, serait alors définie comme la violation d'un devoir.

Une telle solution aurait deux conséquences heureuses. Elle permettrait de construire l'unité des deux régimes de responsabilité sur des bases cohérentes. Elle servirait la mission préventive et pédagogique du Code en permettant au justiciable de connaître clairement ses devoirs. Le Projet n'énonce pas un tel devoir contractuel. Pourtant, cet énoncé s'inscrirait dans cette nouvelle philosophie selon laquelle il n'est pas indifférent que l'individu observe ou viole ses devoirs contractuels, et selon laquelle la société a intérêt à ce qu'il les observe et évite de causer des pertes. Mais faut-il tout dire dans un Code?

B Degré d'explicitation des règles

Le Code, en principe, doit s'exprimer en termes généraux et abstraits. Nous croyons qu'il doit le faire, mais pas au point de demander au justiciable de faire de savantes déductions a contrario pour découvrir, par exemple, que si l'inexécution d'une obligation contractuelle donne ouverture à un recours en responsabilité au cas de dommage, c'est parce que le législateur postule, sans le dire, qu'il a le devoir d'honorer ses obligations contractuelles.

De la même manière, nous croyons qu'il y aurait lieu de dire que la faute civile est aussi la contravention au devoir d'obéir aux prescriptions expresses de la loi, peu importe qu'elles soient énoncées ailleurs dans le Code ou dans d'autres textes législatifs ou réglementaires(78). Au terme de cet exercice, le justiciable devrait pouvoir lire la règle suivante :

"Toute personne a le devoir d'honorer ses obligations contractuelles, d'obéir aux prescriptions de la loi et de se comporter envers autrui avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable.

La violation d'un devoir constitue une faute.

Toute personne répond du dommage qu'elle cause à autrui par sa faute."

Le problème du degré d'explicitation dans la codification se pose non seulement pour les règles ou les notions qui y sont exprimées, mais aussi pour celles qui n'y apparaissent pas. Il existe des règles jurisprudentielles importantes qui se sont développées en dehors du Code : il est important qu'elles y soient intégrées, pour la sécurité du droit et son accessibilité pour le public.

Le Projet présente, à cet égard, une amélioration considérable par rapport au Code. Il propose de codifier les règles suivantes :

- la solidarité entre les auteurs de fautes simultanées dont l'une cause un dommage sans qu'on puisse en déterminer l'auteur(79) ;
- le devoir de la victime d'éviter l'aggravation de son dommage par des moyens raisonnables(80) ;
- le régime des clauses de non-responsabilité(81).

Le piège, dans ce travail d'explicitation, consiste à tomber dans l'excès de précision. Le Projet subordonne le recours contre le fabricant ou le distributeur d'une chose mobilière à un préavis de 90 jours, sous réserve d'une excuse raisonnable(82). Nous sommes en présence d'un cas frontière, où l'on aurait pu demander à la victime d'envoyer l'avis "avec une diligence raisonnable". Mais à l'inverse, le délai de 90 jours constitue, certes, un message plus clair pour le justiciable.

C Accessibilité pour le public

Le législateur ne peut plus légiférer sans se soucier de l'intelligibilité de sa loi pour le public. Cette préoccupation s'impose encore davantage lorsqu'il s'agit de codifier. De nombreux facteurs contribuent à faciliter l'accès de la loi au public. La cohérence et l'explicitation dont nous venons de parler jouent un rôle

important. Il faut aussi songer à la concordance entre la règle et son expression, au rajeunissement du vocabulaire et à l'autonomie relative de chaque article de la loi.

On retrouve dans le Code civil des dispositions dont les termes ne concordent plus avec la règle appliquée par les tribunaux. Par exemple, l'art.1053 C.civ. édicte que "toute personne capable de discerner le bien du mal" répond du dommage causé par sa faute. Pourtant les tribunaux ont reconnu depuis longtemps que les personnes morales, comme la Couronne, les compagnies, les corporations publiques, peuvent être assujetties à la responsabilité de l'art. 1053 C.civ., en dépit du fait qu'elles ne soient pas douées de discernement(83). Le Projet ne corrige pas cette anomalie de formulation(84). Un autre exemple est fourni par l'article 1106 C.civ. qui édicte que "l'obligation résultant d'un délit ou quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire". Pourtant, la jurisprudence a conclu à la solidarité entre deux personnes qui ont commis deux délits distincts(85), entre le commettant et le préposé(86), entre une personne responsable sous l'article 1053 C.civ. et une autre responsable sous l'article 1055 C.civ., bien qu'il n'y ait pas de faute prouvée ni présumée contre elle(87). Le Projet a remédié à cette anomalie par son article 158 (Livre V), relatif à la solidarité. Il est clair que la concordance entre le sens naturel des termes utilisés par le codificateur et la règle qu'ils énoncent est une condition fondamentale d'intelligibilité.

Il est également utile, à cette fin, que le vocabulaire soit rajeuni et ajusté à l'usage de l'époque qu'il est destiné à servir. Le Projet a eu l'heureuse idée de transformer les domestiques et ouvriers de l'article 1054 al. 7 C.civ. en "préposés"(88), de parler de capacité de discernement(89) plutôt que de "capacité de discerner le bien du mal"(90), et de remplacer le bon père de famille par "la personne raisonnable"(91) que d'aucuns trouveront plus moderne et moins sexiste.

Enfin, dans la mesure du possible, chaque article devrait avoir une autonomie relative lorsqu'il est cité hors contexte, malgré une possible redondance. Quel sens peut avoir l'article 98 (Livre V) du Projet qui se lit) :

> "Il en va de même de celui à qui est confiée l'éducation ou la surveillance d'un mineur ou d'une personne privée de discernement."

Il semblerait souhaitable que chaque article d'un Code soit complet et susceptible d'être cité de façon autonome.

D Problèmes de terminologie

La mise au point d'un code pose des problèmes aigus de terminologie que l'Office de révision du Code civil a su, dans une grande mesure, résoudre de manière satisfaisante. Il a veillé à conserver un grand degré de constance dans le langage des diverses parties, et a fait preuve de prudence dans le remplacement de termes classiques par une terminologie nouvelle. C'est sous cette réserve que nous signalons deux problèmes.

Le Projet parle, à deux endroits, de la méthode de partage de la dette solidaire résultant de la responsabilité. À l'article 173 (Livre V), il propose que la dette solidaire se partage entre chaque débiteur "selon sa part de responsabilité". À l'article 311 (Livre V), il propose de partager le préjudice causé par plusieurs personnes "en proportion de la gravité de leurs fautes respectives". Si la règle est la même dans les deux cas, il y aurait avantage à ce qu'elle soit rigoureusement exprimée dans les même termes.

En second lieu, le Projet fait disparaître les termes "délits et quasi-délits" et "faute". Il n'est pas certain que la disparition de ce dernier terme serve bien le Projet. Il s'agit d'un terme classique, auquel se rattache une oeuvre doctrinale et jurisprudentielle d'une extrême richesse. On a voulu remplacer le disparu en disant aux articles 254 et 288 (Livre V) que le fait générateur de responsabilité est "l'inexécution fautive" d'une obligation. Cette expression n'est pas nécessairement heureuse. Si la faute se définit, de façon classique, comme l'inexécution d'une obligation préexistante(92), ne commet-on pas un pléonasme en parlant d'inexécution fautive comme condition de la responsabilité?

La révision d'un Code est une entreprise colossale qui pose de grands défis sur le plan de la terminologie. Il est étonnant que l'Office, dans son Projet, s'en soit aussi bien tiré. Il est aussi normal qu'il subsiste encore quelques questions à résoudre.

CONCLUSION

Notre examen de l'état actuel du droit de la responsabilité civile au Québec, en regard du Projet de Code proposé par l'Office de révision, démontre que si ce dernier était adopté, il y aurait progrès sur le plan des valeurs et du langage.

Sur le plan des valeurs, le Projet favorise davantage l'indemnisation des victimes, et par conséquent contribuera mieux à la paix sociale. On y retrouve un souci de prévention des pertes qui est loin d'être évident dans le présent Code et qui ne peut que favoriser l'économie des ressources rendue impérative dans la conjoncture actuelle. La cohérence des règles est accrue et tendra à diminuer les disparités de droit entre les victimes de faits qui présentent un grand degré de similarité. Enfin, et de façon délibérée, l'Office de révision a voulu s'éloigner de la conception patrimoniale du présent Code et fonder la révision sur le principe de la primauté de la personne ; nous en retrouvons des signes clairs dans les nouvelles règles proposées en responsabilité civile.

Sur le plan du langage, le Projet a recherché un plus grand degré de cohérence, d'explicitation des règles, d'accessibilité pour le public, tout en tentant d'éviter les pièges terminologiques.

Toutefois, même si le Projet était adopté, il continuera à se poser le problème de la coexistence entre le régime de droit commun de la responsabilité civile et les régimes d'exception. Le problème vient non seulement des régimes d'exception qui existent déjà, mais aussi de la pression de situations nouvelles que le hasard fait surgir devant les tribunaux et qui éprouvent, peut-être au delà de ses limites, le régime de droit commun. Un cas récent est, à cet égard, particulièrement frappant.

En 1979, la Cour supérieure de Montréal(93) accordait à Nathalie Lapierrre la somme de 375 000 $ en dommages-intérêts pour compenser son invalidité permanente consécutive à une vaccination. Nathalie Lapierre avait 4 ans au moment où sa mère l'amena à l'école du quartier pour recevoir le vaccin contre la rougeole, administré par un médecin et une infirmière d'une clinique du gouvernement du Québec. La vaccination n'était pas obligatoire, mais le programme de santé du gouvernement incitait fortement à s'y soumettre, et pratiquement tous les enfants de

l'école y passaient. L'enfant fit une encéphalite post-vaccinale, complication rare, mais connue, de ce genre de vaccin. En conséquence de cet accident, l'enfant ne pourra jamais gagner sa vie, ni se marier, ni élever une famille, et restera toujours dépendante.

L'action fut intentée contre le médecin, l'infirmière, le fabricant du vaccin et le Procureur général du Québec. Chaque défendeur fit la démonstration qu'il n'avait commis aucune faute. L'action fut maintenue contre le Procureur général sur la base inattendue de l'article 1057 C.civ. :

> "Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée ;
>
> Telles sont [...] les obligations qui, en certaines circonstances, naissent de cas fortuits ;
>
> Et autres semblables."

Le juge invoque l'état de nécessité comme source de l'obligation du Procureur général, en ajoutant qu'il était à l'avantage de la société que la victime se soumette à la vaccination.

Le jugement est en appel, et il n'est pas certain que la victime obtienne gain de cause*. Peut-on invoquer l'état de nécessité, si la vaccination n'était pas obligatoire, mais simplement recommandée(94)?

Un cas comme celui de Nathalie Lapierre pose un défi au droit commun de la responsabilité civile. Saurait-il évoluer de façon assez radicale pour répondre à ce genre de besoin?

---

* Note de l'éditeur : le jugement de la Cour supérieure a été infirmé par la Cour d'appel. Le jugement de la Cour d'appel a été confirmé par la Cour suprême du Canada le 4 avril 1985.

Une réaction bien prévisible à ce cas consiste à promouvoir une "loi d'indemnisation des victimes de vaccination". Mais pourquoi s'arrêter là? Ne faudrait-il pas indemniser aussi les victimes d'arrosage d'insecticides transportés par le vent, ou les victimes de l'isolant d'urée formaldéhyde? À fonctionner à coups de lois d'exception, on risque de créer une situation d'incohérence, en plus de perdre le bénéfice de la promotion de certaines valeurs attachées à l'intervention des tribunaux dans un domaine de risques donné. Si un régime d'exception est créé pour les victimes de vaccination, il en résultera que, plus jamais, un juge ne sera appelé à examiner, dans une instance judiciaire, le comportement de ceux qui fabriquent les vaccins et de ceux qui les administrent. C'est là, peut-être, un prix trop élevé à payer. Avant de recourir à cette solution, ne faudrait-il pas opérer une révision globale de nos systèmes d'indemnisation, en tenant compte des valeurs véhiculées par le droit de la responsabilité civile?

À notre avis, le droit de la responsabilité civile doit relever le défi et évoluer vers une amélioration radicale du sort des personnes victimes d'atteintes à leur intégrité. Autrement, il subira le sort de ces vieilles choses que l'on conserve avec attachement mais qui ont perdu toute utilité.

NOTES :

1. Jean-Louis BAUDOUIN, Traité élémentaire de droit civil ; La responsabilité civile délictuelle, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1973, p. 6 ; MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, No. 19 et s., p. 32 et s.

2. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, p. 4 ; MAZEAUD et TUNC, op. cit., supra, note 1, p. 1 et s ; René SAVATIER, Traité de la responsabilité civile, t. 1, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 1.

3. Jean-Louis BAUDOUIN, "Un code civil en Amérique", dans Propos sur la rédaction des lois, Québec, Conseil de la langue française, 1978, p. 65.

4. Notamment les articles 1056, 1056a), 1056b), 1056c), 1056d), 2260a), C.civ.

5. Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry [1920] A.C. 662 ; (1930) 48 B.R. 278 ; City of Montreal v. Watt and Scott Ltd. [1922] 2 A.C. 555 ; (1930) 48 B.R. 295 ; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit, supra, note 1, pp. 286-289.

6. P.-A. CRÉPEAU, "Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien" (1962) 22 R. du B. 501 ; Dame Surprenant c. Air Canada [1973] C.A. 107.

7. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1

8. Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent, 9 ED. VII, chap. 66.

9. Loi sur les accidents du travail, 1977, L.R.Q., ch. A-3, articles 7 et 8.

10. L.R.Q., ch. A-25 ; Rapport du Comité d'étude sur l'assurance automobile, Gouvernement du Québec, 1974.

11. Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., chap. A-25, article 115.

12. Loi de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, L.Q. 1971, chap. 18 ; L.R.Q. ch. I-6.

13. Loi visant à favoriser le civisme, L.R.Q., chap. C-20.

14. L.R.Q., chap. C-12.

15. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, p. 426 s ; "Commentaires" op. cit., infra, note 22, p. 569.

16. L.Q. 1970, chap. 62.

17. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, p. 430 ; Murphy c. Ramesay House Ltd, [1980] C.S.227 ; Air Canada c. Marier [1980] C.A. 40.

18. L.Q. 1971, chap. 85, article 10.

19. Règlement modifiant le Règlement sur l'administration fiscale, G.O.Q., no 19, p. 1937, Décret 936-80 du 26 mars 1980.

20. Loi modifiant certaines prescriptions, L.Q. 1974, chap. 80.

21. Hôpital Notre-Dame c. Patry [1975] 2 R.C.S. 388.

22. Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, volume I "Projet de Code civil", Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, 786 pages ; Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil, volume II "Commentaires", Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, 1109 pages.

23. Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39.

24. Article 1053 C.civ.

25. "Commentaires", op. cit., supra, note 22, p. 630.

26. Art. 1054 al.1er, C.civ.

27. Art. 1054 al.6, C.civ.

28. Art. 1055 al.3, C.civ.

29. Art. 100 Livre V du Projet.

30. Art. 101 Livre V du Projet.

31. Art. 102-103 Livre V du Projet.

32. Art. 296 Livre V du Projet.

33. "Commentaires" op. cit., supra, note 22, p. 687.

34. L.R.Q., chap. C-12.

35. L'indice des prix à la consommation, qui était fixé à 100 en 1971, atteignait 242.4 en septembre 1981, selon L'indice des prix à la consommation, Ottawa, Statistique Canada, sept. 1981, catalogue nº 62001, p. 9, tableau 2.

36. Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, et la réparation des dommages qui en résultent, 9 ED VII, chap. 66. ; Loi des accidents du travail, L.R.Q., chap. A-3.

37. Loi sur la santé et sécurité au travail, L.Q. 1979, chap. 63 ; Le livre blanc sur la santé et la sécurité au travail, Éditeur officiel du Québec, 1978.

38. Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., chap. A-25 ; Rapport du comité d'étude sur l'assurance automobile, Gouvernement du Québec, 1974.

39. Régie de l'assurance automobile, Rapport d'activité, 1979-1980, Bibliothèque nationale du Québec, 1980, p. 45.

40. André TUNC, La responsabilité civile, Paris, Éditions Économica, 1981, p. 137, nº 165.

41. C. DAOUST et L. VERCHELDEN, Le droit québécois de la responsabilité civile des syndicats en cas de grève illégale, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1980, 83 pages ; United Steelworkers of America v. Gaspe Copper Mines Ltd.. [1967] B.R. 487 confirmé par [1970] R.C.S. 362.

42. Article 1053 C.civ.

43. Arts. 96 Livre ; 97 Livre V ; 9 ; 12 ; 15 ; 57 ; 58 Livre I ; 2 Livre II Projet.

44. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, nº 85 et 89.

45. Claude FABIEN, "De la responsabilité délictuelle, vers le régime des obligations légales relatives au comportement envers autrui", Les enjeux de la révision du Code civil, Montréal, Faculté de l'éducation permanente de l'Université de Montréal, 1980, p. 79.

46. P.-A. CRÉPEAU, loc. cit., supra, note 6.

47. Art. 2262.2 C.civ.

48. En 1975, la Cour suprême a décidé que le régime de prescription n'était pas lié au régime de responsabilité et que tout recours pour blessures se prescrivait par un an selon l'article 2262.2 C.civ. sans égard au fait que la cause des blessures soit une faute délictuelle ou contractuelle. Hôpital Notre-Dame c. Patry [1975] 2 R.C.S. 388.

49. SARNA, Traité de la clause de non-responsabilité, Toronto, Richard de Boo, 1975, 278 pages.

50. Art. 1105 et 1106 C.civ.

51. P.-A. CRÉPEAU, loc. cit., supra, note 6.

52. Wabasso Ltd c. National Drying Machinery Co., C.S.C., 1981/06/22, jurisprudence-express, nº 81-692.

53. Art. 49 Livre VII Projet.

54. Art. 297 Livre V Projet.

55. Art. 301 Livre V Projet.

56. Art. 158 Livre V Projet.

57. Art. 100 Livre V Projet.

58. Projet op. cit., supra, note 22, p. XXXI ; Louis BAUDOUIN, Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec, Paris, Dalloz, 1957, p. 147 et s.

59. Ibid.

60. Art. 94 Livre V Projet.

61. Art. 96 Livre V Projet.

62. Art. 97 Livre V Projet.

63. Art. 9 Livre I Projet.

64. Art. 12 Livre I Projet.

65. Art. 15 Livre I Projet.

66. Art. 57, 58 Livre I Projet.

67. Art. 2 Livre II Projet.

68. Art. 301 Livre V Projet.

69. Art. 102 Livre V Projet.

70. Art. 296 Livre V Projet.

71. "La personne humaine est inviolable".

    Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi".

    Le Projet reproduit la même règle à l'art. 15, Livre I.

72. X c. Mellen [1957] B.R. 389 ; The Eaton Company c. Moore [1949] B.R. 561 ; [1951] R.C.S. 470 ; Katz c. Reitz [1973] C.A. 230 ; L'Oeuvre des terrains de jeux de Québec c. Cannon [1940], 69 B.R. 112 ; Dumas Transport inc. c. Cliche [1971] C.A. 160 ; "Commentaires" op. cit., supra, note 22, p. 629.

73. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, pp. 42-43, nº 47 ; A. BERNARDOT et R. KOURI, "La responsabilité civile médicale", (1980) R.D.U.S.

74. Rapport, op. cit., supra, note 22, pp. 629-634.

75. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, pp. 52-53, nº 61 ; A. et R. NADEAU, Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle, Montréal, Wilson Lafleur, 1971, p. 48, nº 61 ; H. et L. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 476, nº 416.

76. René SAVATIER, opt. cit., supra, note 2, p. 5 et s.

77. Albert MAYRAND, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois, Montréal, Guérin, 1972, p. 133.

78. Claude FABIEN, loc. cit., supra, note 45, p. 46 et s.

79. Art. 313 Livre V Projet.

80. Art. 312 Livre V Projet.

81. Art. 300-303 Livre V Projet.

82. Art. 103 Livre V Projet.

83. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit., supra, note 1, p. 35 et s ; André NADEAU, Traité de droit civil du Québec, t. 8, Montréal, Wilson Lafleur, 1949, p. 52 et s.

84. Art. 94 Livre V Projet.

85. The Grand trunk Railway Co of Canada and City of Montreal c. McDonald [1918] 57 R.C.S. 268 ; Napierville Junction Railway Co. c. Dame Dubois [1924] R.C.S. 375 ; Thériault c. Huctwith [1948] R.C.S. 86.

86. Zambon Co Ltd c. Schrijvershof et Zambon et Sicotte (1959) B.R. 679 ; Frank de Rice Ltd c. Elder (1939) 67 B.R. 563.

87. Backer c. Baudet, [1973] R.C.S. 628.

88. Art. 99 Livre V Projet.

89. Art. 94 Livre V Projet.

90. Art. 1053 C.civ.

91. Art. 94 Projet.

92. M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 2., 8e éd., Paris, L.G.D.J., 1921, p. 285, nº 863 ; A. BERNARDOT et R. KOURI, op. cit., supra, note 73, p. 9, nº 15.

93. Lapierre c. P.G. de la province de Québec [1979] C.S. 907. ; [1983] C.A. 631. Le jugement de la Cour d'appel a été confirmé par la Cour suprême du Canada le 4 avril 1985.

94. P. CAPRIOLO et M. TURCOT, "Strict liability for acts of the state : liability for non-negligent vaccination", 13 C.C.L.T. 37.

M. Claude Tellier :

Je remercie monsieur Fabien de son exposé et j'invite maintenant monsieur Jerzy Rajski, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Varsovie.

M. J. Rajski :

QUELQUES RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1. L'étendue et les fonctions de la responsabilité civile évoluent pour répondre aux changements profonds des données économiques et sociales du monde contemporain. Le processus d'adaptation du droit de la responsabilité civile, dans les pays de droit civil, se développe, souvent, par étapes : ce sont les développements jurisprudentiels qui sont, ensuite, inscrits par le législateur dans les dispositions appropriées des Codes civils ou des lois particulières. Il est à souligner le rôle important joué, dans ce domaine, par la doctrine juridique.

Les problèmes posés par l'évolution de la responsabilité civile sont énormes et multiples. Nos connaissances, à ce sujet, sont constamment enrichies par les résultats des recherches appropriées, menées aussi bien sur le plan national qu'international. Une analyse entièrement satisfaisante de ces problèmes ne pourrait résulter que de l'effort collectif de nombreux représentants de la doctrine, ainsi que de la pratique juridique de divers pays. C'est, donc, avec beaucoup de prudence que je me permets de présenter quelques observations générales sur le sujet qui nous intéresse, conscient du fait qu'il exige un supplément d'efforts et d'études, de réflexion et d'analyse.

2. Le centre d'intérêt concentré, selon les conceptions classiques, autour de la faute comme fondement de la responsabilité, passe, de plus en plus souvent, au facteur du dommage. C'est la fonction compensatoire de la responsabilité civile qui vient au premier plan. Ainsi, deviennent chargées de réparer le dommage, beaucoup plus souvent qu'auparavant, les personnes qui l'ont commis sans faute ou même ne l'ont pas causé du tout. On observe une certaine économie dans l'emploi de la responsabilité civile, ce qui explique sa "localisation" selon les critères économiques du risque créé et la solvabilité, sans tenir compte des critères juridiques de la faute et de l'illicéité.

Ces développements produisent certains changements structurels de la responsabilité civile. On observe l'application toujours croissante des moyens collectifs d'indemnisation. Le concept de la répartition - aussi large que possible - de la charge d'indemnisation reflète un certain déclin de la responsabilité individuelle. L'énorme accroissement de la gravité des risques dommageables pose, à cause de leur fréquence, non seulement des problèmes économiques et sociaux, mais aussi juridiques. Il apparaît que la responsabilité individuelle traditionnelle, basée sur la faute de celui qui a causé le dommage, est incapable de protéger suffisamment dans beaucoup de cas, les intérêts légitimes des victimes. Ainsi, apparaissent les nouveaux types de responsabilité civile "de répartition" ou "de garantie" pour répondre aux nouvelles exigences socio-économiques.

3. L'étendue de la responsabilité basée sur la faute et le champ couvert par la responsabilité sans faute s'élargissent progressivement, de sorte que les frontières entre les deux s'estompent. La responsabilié civile continue à être conçue, dans les Codes civils, comme fondée principalement sur la faute(1). Cependant, la notion essentielle de la faute, qui n'était, d'ailleurs, jamais précisément définie et unanimement comprise, évolue. On aperçoit le développement de la tendance à l'objectivation de cette notion ou du mécanisme de son application. Une gamme de solutions est, ici, appliquée ou proposée, allant de l'appréciation, in abstracto, du comportement d'une personne humaine aux concepts de la faute dite "collective" ou "anonyme". Dans ces derniers cas, seuls subsistent des vestiges de la responsabilité pour faute, qui devient totalement "dépersonnalisée".

De plus, en pratique, ce sont les personnes morales, qui sont de plus en plus souvent les responsables, pour lesquelles s'estompe l'idée traditionnelle de culpabilité. Ainsi, la valeur morale, qui donne beaucoup de force à la faute en tant que principe fondamental de la responsabilité, devient progressivement affaiblie. D'autre part, on observe l'accroissement du rôle joué par le facteur moral dans les cas de la responsabilité civile basée sur le principe de l'équité, ainsi que celle pour les dommages moraux, dont l'étendue s'élargit. La responsabilité sans faute continue d'être conçue dans les Codes civils comme une responsabilité exceptionnelle, limitée aux cas spécifiés. En réalité, elle n'est exceptionnelle que dans les formulations législatives appropriées, car son importance et ses conséquences pratiques sont croissantes(2).

Ainsi, s'élargit l'écart entre les principes inscrits dans les Codes et l'importance pratique des diverses règles de la responsabilité civile. Il en résulte, d'autre part, la pluralité croissante des régimes de responsabilité sans faute, qui reflète, d'ailleurs, un manque de vision générale dans ce domaine. La prolifération des régimes spéciaux entraîne, nécessairement, une diversité d'interprétations. Le problème de l'élaboration d'un concept général de la responsabilité sans faute pose, dans ces circonstances, des difficultés, même sur le plan de la théorie. Le besoin de considérer l'ensemble de ces questions d'une manière générale, qui pourrait permettre d'assembler divers cas de la responsabilité sans faute dans une catégorie uniforme, devient, donc, évident.

Sur le plan législatif, il paraît souhaitable d'établir une règle générale de la responsabilité sans faute - équivalente à celle de la responsabilité basée sur la faute - à laquelle, dans les cas particuliers justifiés, les règles spéciales apporteraient des modifications souhaitables. De cette façon, on pourrait combler l'écart entre les principes inscrits dans les Codes et leur importance pratique. C'est le concept et le langage de la codification qui peuvent le mieux exprimer les deux principes fondamentaux sur lesquels est construit le droit contemporain de la responsabilité civile.La grande valeur de la technique de la codification est, ici, tout à fait évidente.

4. La distinction traditionnelle de la responsabilité délictuelle et contractuelle devient moins nette et précise. L'approche, de plus en plus pragmatique, aux problèmes de la responsabilité civile, qui paraît gagner du terrain dans plusieurs pays, contribue au développement d'un processus de convergence croissante entre les principes des régimes auxquels sont soumis ces responsabilités, dont la distinction est fondée sur un critère de caractère plus génétique que fonctionnel. De tels développements permettent d'affirmer que ces régimes ne sont pas aussi distincts qu'on le disait autrefois(3). L'existence de régimes séparés pour les deux responsabilités paraît, donc, de moins en moins justifiée. Leur fusion est souhaitable. Elle pourrait contribuer au développement d'un droit unitaire de la responsabilité civile, en plus de supprimer toutes les confusions et injustices qu'on a pu constater dans ce domaine(4).

Cette fusion établie, pour la première fois, dans le Code civil autrichien de 1811 (art. 1295), a été ensuite réalisée par le droit autrichien et tchécoslo-

vaque : art. 10 du Code civil de 1950, d'abord ; art. 420-421 du Code civil et art. 145 du Code économique de 1964, ensuite ; art 93 du Code civil de la RDA de 1975 ; art 10 de la Loi yougoslave sur les obligations de 1978. Elle a, aussi, été incorporée au droit de certains pays outre-européens, par exemple, au Sénégal : art. 118 et suiv. du Code des obligations civiles et commerciales de 1963. Une solution analogue a été adoptée dans le Projet de Code civil du Québec publié en 1978.

Une uniformisation partielle des régimes des deux responsabilités a été établie dans plusieurs autres pays. Elle a été réalisée par une technique législative consistant à formuler certaines règles communes aux deux responsabilités, d'une manière, à la fois, assez générale et souple. Ces règles concernent, surtout, les notions de dommage et de lien de causalité en tant que facteurs fondamentaux de la responsabilité, ainsi que les problèmes du mode de réparation du dommage, de l'influence de la faute de la victime dans ce domaine et des questions de la co-responsabilité et de la pluralité des personnes responsables.

Ainsi, par exemple, le Livre III, portant sur les obligations, du Code civil polonais de 1964, intitulé à l'origine Dispositions générales, contient des règles de ce genre, communes aux deux responsabilités, d'ailleurs, expressément distinguées dans les titres appropriés de cette partie du Code.

On trouve, aussi, dans le droit de divers pays des exemples d'une fusion des régimes des deux responsabilités, mais limitée aux cas particuliers. Cette fusion est réalisée aussi bien dans le cadre des Codes civils en vigueur dans ces pays que dans celui des lois spéciales.

Cette conception a été aussi admise dans le Code civil polonais en ce qui concerne les deux cas de responsabilité bien définis. Il s'agit de la responsabilité pour les dommages causés "par la marche de l'entreprise ou de l'établissement utilisant les énergies de la nature" (art. 435 du Code) ou "par la circulation d'un véhicule mécanique actionné par les énergies de la nature" (art. 436). Cette responsabilité, aux termes des articles susmentionnés du Code, s'étend aux dommages "causés à qui que ce soit", c'est-à-dire, aussi bien aux personnes qui étaient déjà liées à la personne responsable par l'obligation préexistante, qu'à d'autres.

Il est à noter qu'une solution analogue a été adoptée dans un nombre toujours croissant de congrès internationaux portant sur les règles de responsabilité civile. On peut citer à titre d'exemples : la Convention de Varsovie de 1929, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (art. 24) ; cette solution a été maintenue par les amendements successifs apportés à la convention par les Protocoles de la Haye de 1955, du Guatemala de 1971 et de Montréal de 1975 ; la Convention de Guadalajara de 1961, sur le transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel (art. 2) ; les Conventions de Berne sur le transport international de marchandises (CIM - texte en vigueur de 1970, art. 40) et de voyageurs (CIV - texte de 1970, art. 40) ; les Conventions de Bruxelles sur l'unification de certaines règles gouvernant le transport par mer des passagers (art. 10) et de leurs bagages (art. 9), respectivement de 1961 et de 1967 ; le Protocole de Bruxelles de 1968, apportant des amendements à la Convention de Bruxelles de 1924 sur les connaissements (art. 3) ; la Convention d'Athènes de 1974, sur le transport par mer des passagers et de leurs bagages, (art. 14) ; la Convention de Genève de 1976, relative au contrat de transport international des voyageurs et des bagages, en navigation intérieure (art. 13) ; la Convention de Hambourg de 1978, sur le transport de marchandises par mer (art. 7).

Ainsi, on voit que l'idée, ici évoquée, est en train de gagner du terrain dans la législation aussi bien nationale qu'internationale. L'étendue de sa réalisation, ainsi que la technique législative employée, varient selon le pays. À côté des systèmes qui ont instauré un régime unique de responsabilité civile, on trouve diverses solutions qui envisagent une réalisation partielle de ce but. Ces dernières diffèrent en ce qui concerne la forme et l'étendue de l'uniformisation achevée. On a parfois adopté seulement des conceptions uniformes de certains principes ou facteurs généraux de la responsabilité. Il y a, par ailleurs, des solutions instaurant un régime pleinement uniforme mais limité aux cas spécifiés de cette responsabilité. On retrouve, enfin, des systèmes juridiques qui ont adopté des éléments empruntés aux deux solutions ci-dessus indiquées.

Le droit commun de la responsabilité civile ainsi développé, étant basé sur des principes fondamentaux homogènes, répond aux besoins d'établissement d'une protection complexe des droits des victimes, et semble mieux contribuer à équilibrer et à harmoniser les intérêts variés des parties avec ceux de la société.

5. Le processus d'évolution de la responsabilité civile prend souvent des dimensions internationales. En effet, on observe le rapprochement ou l'harmonisation progressive de certaines règles de la responsabilité civile de divers pays. Ces développements correspondent aux similitudes des exigences socio-économiques auxquelles doit répondre le législateur. Ils coïncident, d'autre part, avec un accroissement sensible de l'importance des recherches juridiques comparatives pour le développement du droit, aussi bien sur le plan interne qu'international. On cherche, dans cette voie, des moyens efficaces de développer le droit de la responsabilité civile, pour mieux l'adapter aux nouvelles conditions socio-économiques survenues dans le contexte du progrès technique et scientifique du monde contemporain.

On observe, aussi, le développement progressif de l'unification internationale de certaines règles sur la responsabilité civile. Cette unification, réalisée dans le cadre régional ou universel, englobe de vastes domaines de la responsabilité concernant des matières très diverses. Elle pénètre dans des domaines nouveaux liés à l'extension de certains dangers accrus dus à l'utilisation de certains résultats de la science et de la technique modernes, et qui est la source d'énormes risques dommageables dépassant les frontières des États (par exemple, l'énergie nucléaire) ou même de notre globe (l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique). L'unification internationale de certaines règles de responsabilité civile contribue, aussi, à leur développement sur le plan national. En effet, le législateur national essaie, souvent, d'harmoniser les règles internes avec celles internationalement unifiées. Il se garde parfois même d'adopter une solution interne aux problèmes nouveaux, jusqu'à l'élaboration d'une solution internationale uniforme. On peut voir cette attitude de plusieurs législateurs nationaux, en ce qui concerne, par exemple, l'établissement de règles de responsabilité civile pour les dommages causés par l'utilisation de l'énergie nucléaire ou de l'espace extra-atmosphérique.

On observe, dans ces derniers domaines, le développement progressif du processus de l'internationalisation de la responsabilité indemnisatrice. Dans le domaine de l'indemnisation des "dommages atomiques", on a adopté le concept de ladite "canalisation" de la responsabilité civile, qui repose, exclusivement, sur l'exploitant de l'installation nucléaire. On essaie, ainsi, d'éviter des demandes en justice inutiles contre tous ceux qui ont causé directement le dommage. D'autre part, cette solution constitue une étape dans une évolution marquée

par le remplacement progressif de la responsabilité individuelle par la responsabilité collective, car l'exploitant est tenu par la loi de se couvrir au moyen d'une assurance-responsabilité.

La responsabilité pour les dommages causés par les objets spatiaux a pris deux dimensions juridiques différentes : internationale et interne. Ces dimensions, quoique nettement différentes, restent, néanmoins, liées l'une à l'autre.

La Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux a instauré un régime de responsabilité internationale dans ce domaine, dont sont chargés les États ainsi que les organisations internationales appropriées. Ce système est, cependant, étroitement lié à la personnalité civile pour les mêmes dommages. Il existe, donc, des interférences, ainsi que des inter-relations entre les deux responsabilités indemnisatrices. Il en résulte le besoin d'harmoniser les principes sur lesquels elles ont été fondées ; ainsi, à la responsabilité internationale, dite "absolue" pour les dommages causés par des objets spatiaux à la surface de la terre ou aux aéronefs en vol, établie par l'article II de la Convention susmentionnée, doit correspondre une responsabilité civile de caractère analogue. Voilà un champ nouveau du développement de la responsabilité civile moderne, qui doit être exploré par le législateur national et qui donne, aussi, une dimension nouvelle au concept de la codification.

6. Les règles de la responsabilité civile sont modifiées, substantiellement, par le développement d'institutions nouvelles ayant pour but la répartition de certains dommages. On constate que l'assurance joue un rôle toujours croissant dans le processus de la réparation de certaines catégories de dommages, notamment des dommages dits accidentels, surtout dans les pays industrialisés. Le développement de l'assurance-responsabilité modifie considérablement le fonctionnement pratique de certaines règles de responsabilité civile. D'autre part, la responsabilité civile subit l'influence du développement et de l'extension de la sécurité sociale, notamment en ce qui concerne la réparation des dommages corporels. Dans certains pays, par exemple les pays socialistes européens, où on a séparé le droit du travail du droit civil, ce sont les règles de responsabilité particulières établies par ce premier, - souvent dans des Codes du travail - qui entrent en jeu.

C'est, donc, dans de tels contextes que les problèmes de responsabilité civile doivent être examinés et résolus dans les Codes civils modernes. L'approche complexe aux problèmes de responsabilité civile, tenant compte de nouvelles données, aussi bien économiques et sociales que juridiques, devient, donc, indispensable.

7. Les systèmes de responsabilité civile, établis dans le droit de divers pays deviennent de plus, en plus compliqués sous les influences, souvent contradictoires, du poids de la tradition et des efforts d'ajustement aux conditions socio-économiques modernes. La complexité accrue du droit de la responsabilité civile est approfondie par le fonctionnement des systèmes parallèles d'indemnisation (assurances, sécurité sociale). La modernisation de ce droit devient donc nécessaire. Elle appelle une uniformisation et une simplification du système de la responsabilité civile pour le rendre plus efficace et compréhensible. Le concept de la codification apparaît le mieux adapté pour couvrir une réglementation de synthèse du droit de la responsabilité civile de portée générale.

Il est souhaitable que le langage de cette codification devienne, dans la mesure du possible, plus simple et plus clair, ce qui pose le problème de la terminologie juridique. Une tendance s'est manifestée dans ce domaine, par exemple dans certains pays socialistes européens, en faveur d'une plus large utilisation des expressions empruntées au langage commun, en faisant appel à la terminologie spéciale, notamment aux termes et aux expressions très techniques, seulement dans les cas de nécessité.

Il n'est pas facile de concilier la rigueur juridique avec un style de langage qui soit de nature à faciliter et à assurer, à la fois, sa stricte application et le respect volontaire et averti du droit par les citoyens. Dans les pays socialistes, on considère nécessaires une accessibilité et une compréhension des plus étendues du langage législatif, aussi pour permettre la large participation de la population aux débats publics des principaux projets de lois, parmi lesquels les Codes civils figurent au premier plan(5).

Il convient, aussi, de remarquer le besoin grandissant d'une uniformisation progressive de certains concepts ainsi que, dans la mesure du possible, du langage de la codification sur le plan international. Ce besoin

résulte de certaines nouvelles dimensions du droit de la responsabilité civile, dépassant les frontières nationales, qui correspondent aux réalités socio-économiques du monde contemporain. C'est l'approche comparative aux travaux de codification qui peut, essentiellement, contribuer à réaliser ce but, l'une des tâches de la doctrine de droit comparé consistant à mettre au point une terminologie juridique unifiée. On peut espérer que les recherches comparatives auxquelles contribuent les colloques comme le nôtre, en échangeant les expériences, en stimulant la pensée et en ouvrant de nouveaux horizons, permettront, peut-être à travers les efforts internationaux, de perfectionner le droit de la responsabilité civile, pour mieux l'ajuster aux réalités sociales et économiques de chaque pays, afin de renforcer son efficacité.

NOTES :

1. En ce qui concerne les Codes civils de certains pays socialistes cf. p. ex. : W. Csachorski, J. Rajski, "Responsabilité et garantie", Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, t. XV, 1973, p. 170 ; W. Czachorski, "Réflexions sur les principes généraux de la responsabilité des pays socialistes sous l'aspect du droit international privé", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. II, 1973, p. 413 ; Y. Eminescu, T. Popescu, Les codes civils des pays socialistes - Étude comparative, Paris, 1980, p. 2 et s. ; G.EORSI, Comparative Civil [Private] Law, Budapest, 1979, p. 349 et s.

2. Il est caractéristique pour le droit des pays socialistes que la responsabilité sans faute domine aussi dans le domaine de la responsabilité de l'État pour les dommages causés par ses fonctionnaires. Cf. p. ex. W. Czachorski, Réflexions sur les principes généraux de la responsabilité civile, op. cit., supra, note 1 p. 419 ; G. Eorsi, Comparative Civil Law, op. cit., supra, note 1, p. 351-352.

3. Cf. p. ex. : A. Tunc, La responsabilité civile, Paris, 1981, p. 40 et s.

4. Cf. A. Tunc, Ibid.

5. Cf. p. ex. Y. Eminescu et T. Popescu, Les codes civils des pays socialistes, op. cit., supra, note 1 p. 15 ; J. Sillereky, "Sur la modification du Code civil", Revue de droit hongrois, 1979, n° 1-2, p. 9; J. Wasilkowski, "La méthode d'élaboration et les principes du Code civil", Droit polonais contemporain, 1965, n° 4.

CONFÉRENCE DE CLÔTURE

prononcée par monsieur le juge **Jules Deschênes,** juge en chef de la Cour supérieure du Québec

DÎNER DE CLOTURE

Présentation par M. **Paul-André Crépeau**

Pour nous, juristes du Québec et du Canada, il serait, bien sûr, superflu de présenter ce soir notre distingué conférencier. Pour nos amis de l'extérieur, je dirai très simplement, qu'au moment d'élaborer le programme de ce colloque, mes collègues et moi-même du comité d'organisation souhaitions vivement, monsieur le Juge en chef, que vous acceptiez notre invitation à participer à notre colloque en y prononçant l'allocution de clôture. Car, dans chacune des trois grandes étapes de votre carrière : praticien, professeur et magistrat, votre oeuvre doctrinale et judiciaire vous place résolument au premier rang des juristes du Québec dont on peut dire qu'ils sont, tout d'abord, des civilistes de coeur, profondément attachés à notre tradition issue de la culture juridique française, respectueux des valeurs dominantes de notre société, comme vous l'avez montré dans de retentissantes décisions d'un passé récent. Mais aussi, soucieux dans l'expression de la pensée, tant en langue française qu'en langue anglaise, de la précision et de la clarté du langage juridique.

Aussi estimions-nous, qu'entre tous, dans ce colloque où fut évoqué le tryptique indissociable de la codification du droit civil, de ses valeurs et de son langage, il vous appartenait de nous livrer le mot de la fin.

CONFÉRENCE DE CLÔTURE
PRONONCÉE PAR
L'HONORABLE JULES DESCHÊNES
JUGE EN CHEF DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC
À MONTRÉAL

Il vous a plu de couronner par les plaisirs d'une table raffinée les trois jours qui viennent d'être consacrés à l'étude des problèmes de codification. Faudrait-il voir là l'expression d'une certaine concupiscence de la part du Conseil de la langue française? Chose certaine, je me sens ce soir en bonne compagnie pour rappeler le chant d'Anacréon(1) :

"Je plains celui qui n'est qu'amant,
Prenez plutôt Bacchus pour maître.
On peut être heureux en aimant,
En buvant on est sûr de l'être.

Mais voulez-vous qu'aucun retour
Ne trouble un état si paisible?
Aimez et buvez tour à tour,
Votre bonheur est infaillible".

Pourtant, d'autres ont inventé des recettes différentes et nous savons que, de tout temps, des juristes ont voulu assurer le bonheur de leurs concitoyens en leur imposant un ensemble de règles dont l'immuabilité devait garantir la sagesse.

Il y a 5500 ans, un intendant du Pharaon d'Égypte, Ptah-Hotep, écrivit un livre de préceptes(2). Il avait alors, dit-il, 110 ans(3). Or, qu'enseigne Ptah-Hotep?

"Que personne ne prétende améliorer les leçons paternelles ; que chacun transmette ces leçons à ses enfants. 'Vraiment', diront ceux-ci à leur père, 'suivre tes conseils accomplit des merveilles'."

Et plus loin :

"Ne retranchez pas un mot de l'enseignement des anciens et n'y ajoutez pas un mot non plus ; ne changez rien ; prenez garde de donner libre cours aux

idées rebelles qui naissent en vous, mais tenez-vous-en à l'enseignement des sages(4)."

C'est l'immobilisme du Sphynx érigé en système.

1500 ans plus tard, sous la dictée du Dieu-Soleil(5), Hammurabi dotait Babylone d'un code qu'il faisait graver sur une colonne de pierre ; on l'a retrouvée à Suse, au début du siècle. C'était l'heureuse époque où toute la loi tenait en trois cents articles dont Napoléon n'aurait pas renié la lapidarité. Pourtant, tout y était réglé : contrats, délits, religion, professions, agriculture, industries, commerce, filiation, succession. En particulier, ce code réglemente avec force détails le mariage et le divorce. En voici, par curiosité, deux articles(6) :

142. "Si une femme déteste son mari et lui dit 'tu ne me posséderas pas', les raisons de sa plainte seront examinées, et si elle est ménagère, sans reproche, et si son mari, au contraire, vit au dehors et la néglige beaucoup, cette femme est innocente, elle prendra son trousseau et retournera chez son père."

143. "Si elle n'est pas ménagère, mais coureuse, ruinant la maison, négligeant son mari, on la jettera dans l'eau."

Voilà qui réduirait peut-être le nombre de requêtes en divorce dont nous sommes affligés.

Pour des juristes, il n'est pas sans intérêt, non plus, de considérer la sanction que le Code d'Hammurabi prévoyait en cas d'appel d'un jugement(7) :

"Si un juge a prononcé un jugement, rendu un arrêt par acte scellé et si, ensuite, ce jugement est renversé pour la faute du juge, le juge comparaîtra pour cette cassation. Il acquittera 12 fois la revendication qui faisait le fond du débat. De plus, il sera destitué de sa charge sans retour et ne pourra plus jamais siéger."

On peut se demander s'il y avait beaucoup de candidats à la Magistrature à l'époque.

Mais, outre qu'un code gravé dans la pierre ne devait guère se prêter à des modifications fréquentes, il faut bien constater qu'il témoignait également d'une époque qui ne s'embarrassait pas de théories financières et ne craignait pas les fluctuations monétaires. En effet, les honoraires et les salaires, loin d'être indexés au coût de la vie, étaient eux-mêmes immuablement fixés dans le roc.

Le médecin, qui réduisait une fracture ou opérait une cataracte avec succès, avait droit à un honoraire de 2 à 10 sicles d'argent, suivant la classe sociale de son patient (art. 215 à 217, 221 à 223). - Au meilleur de mes recherches, le sicle d'argent équivaudrait aujourd'hui à 2, 25$ canadiens. Le vétérinaire qui guérissait un boeuf ou un âne avait droit à 1/6 de sicle d'argent (art. 224). Le briquetier devait recevoir un salaire quotidien de 5 sicles d'argent, de même que le tailleur et le potier ; le charpentier avait droit à 4 sicles d'argent, comme le cordelier (art. 274).

Voilà donc un ensemble de règles qui ne donnaient guère ouverture à l'interprétation.

Cinq siècles plus tard, c'est encore gravée sur la pierre que Moïse rapportait à son peuple la Loi que, selon le livre de l'Exode, il avait reçue de Dieu lui-même. L'auteur écrit(8) :

> "Moïse prit le chemin du retour et descendit de la montagne avec, en mains, les deux Tables du témoignage, tables écrites des deux côtés, écrites sur l'une et l'autre faces. Ces Tables étaient l'oeuvre de Dieu et l'écriture en était celle de Dieu, gravée sur les Tables."

À la différence de la stèle de Suse, les Tables de Moïse ne nous sont pas parvenues : il a détruit les premières dans un accès de colère(9) et on ignore le sort des secondes. On ne peut qu'être frappé cependant par la similarité des circonstances qui, malgré plusieurs siècles d'intervalle, entourent les Codes d'Hammurabi et de Moïse : tous deux inspirés par la Divinité et tous deux gravés sur la pierre. On ne s'étonnera pas, non plus, que Moïse, à ce que l'on sache, n'ait jamais prôné l'interprétation évolutive de son Décalogue.

On trouve une situation semblable dans le droit islamique. Mais gardons d'abord en mémoire le conseil que donne aux Occidentaux le professeur Milliot : pour aborder l'étude du droit islamique, "il faut fermer le Discours de la méthode"(10).

Alors qu'en Occident le droit est depuis longtemps dissocié de la religion, le droit musulman ne constitue pas une science autonome. Je ne saurais mieux faire que de citer encore le professeur Milliot(11) :

> "La discipline musulmane est formulée dans le Coran, qui est, à la fois, le Livre de la Raison, le Guide de la morale et le Code du droit. Il est toute la science ; il est toute la vie ; il ramène à Dieu le geste humain tout entier.
>
> De cette conception totalitaire, la conséquence naturelle est le mélange du spirituel et du temporel, de la religion et de la morale."

Il s'agit d'un droit d'origine surnaturelle, fondé sur les révélations d'Allah au dernier de ses prophètes et figé, au dixième siècle de notre ère, par le travail de quelques grands docteurs. En Islam, un droit purement laïque est inconcevable et toute modification est prohibée sous peine d'hérésie. Des événements récents, en Iran, se sont chargés de nous rappeler, soudainement que ces dogmes sont toujours d'actualité.

On comprend que cette conception de la codification en Egypte, à Babylone, en Israël et dans l'Islam, lorsqu'on en affuble les Codes civils modernes, donne ouverture aux critiques dont nos amis du monde de la common law sont généreux : rigidité, disent-ils, incompatible avec le développement de plus en plus rapide des institutions sociales comme des usages du commerce, fixation malsaine des règles dans un monde en évolution, inadaptation aux besoins nouveaux qui naissent sous nos yeux.

Ces critiques ne seraient pas dépourvues de mérite, si leur prémisse était bien fondée et si les Codes civils modernes souffraient vraiment de cette rigidité qu'on leur impute. Peut-être faudrait-il alors se demander si la vieille légende chinoise, relative à l'origine du droit, ne contiendrait pas un certain fondement de vérité. Le droit, dit la légende, a été inventé par un

peuple barbare, les Miao, à une époque qui correspond au XXIII^{e} siècle avant Jésus-Christ ; Dieu s'est hâté par la suite d'exterminer les Miao!(12).

Trente siècles plus tard, soit à peu près, par coïncidence, à l'époque de Mahomet, l'Empereur K'ang Hsi se chargeait de rappeler l'aversion de son peuple pour le droit(13) :

> "Les procès tendraient à se multiplier de façon effarante si les gens n'étaient pas effrayés d'aller devant les tribunaux et s'ils avaient confiance d'y trouver toujours une justice facilement accessible et parfaite. L'homme étant exposé à se faire des illusions concernant ce qui est bon pour lui, les contestations seraient alors sans fin, et la moitié des sujets de notre Empire ne suffirait pas à régler les litiges de l'autre moitié. Je désire, en conséquence, que ceux qui s'adressent aux tribunaux soient traités sans aucune pitié, de telle manière qu'ils soient écoeurés du droit et qu'ils tremblent à l'idée de comparaître devant un magistrat."

Aujourd'hui, la Chine moderne renoue avec son passé lointain. Le droit et les tribunaux sont réservés essentiellement à la répression impitoyable des contre-révolutionnaires, mais on n'a que faire d'un code pour régler les litiges par la persuasion et la rééducation(14).

Faudrait-il parler des pays socialistes? Le fossé qui les sépare de nous est tellement profond qu'on se perdrait à tenter de le franchir. Rappelons-nous l'affirmation célèbre de Lénine à Koursky : "Il n'y a plus de droit privé, tout est devenu droit public"(15). Lénine savait-il qu'il rejoignait Portalis? - 100 ans auparavant, celui-ci, réfléchissant sur les lois révolutionnaires, disait aussi : "Tout devient droit public"(16). C'est le contre-pied de toute la tradition du droit romano-germanique.

Dans ce tourbillon des idées, dans ce maëlstrom des théories qui menace de nous engloutir, à quelle ancre pouvons-nous donc nous attacher? C'est sans doute au Code civil, pourvu que l'on sache enrichir sa solidité traditionnelle de la flexibilité qui l'empêche de rompre sous les coups de butoir des éléments déchaînés dans nos sociétés.

Vous tous qui êtes venus ici, de Pologne et de Louisiane, de France et d'Israël, des Pays-Bas et d'Italie - et j'en passe - vous êtes en mesure de témoigner de cette adaptabilité d'un code à des conditions sociales changeantes. D'ailleurs, n'est-ce pas cette vertu qui a fait, au moins en partie, la fortune du Code civil français à travers le monde et qui l'a vu essaimer en Egypte comme en Espagne, aux Philippines comme dans la plupart des républiques hispano-américaines?

Il en serait autrement si Laurent avait eu raison et s'il fallait toujours attendre des législatures les modifications que commande l'évolution des moeurs. L'illustre auteur belge écrit en effet(17):

> "S'il était vrai que les codes arrêtassent le progrès du droit, il faudrait se hâter de les répudier. Mais il n'en est rien. Le progrès s'accomplit toujours ; seulement il ne se fait plus, comme jadis, par le travail des jurisconsultes, il se fait par les assemblées législatives."

Voilà, certes, une vue bien étroite du rôle des juristes et, singulièrement, du rôle des tribunaux dans le progrès du droit. Les juges québécois se sont heureusement montrés plus hardis ; on trouve un exemple éloquent de leur intervention dans le domaine de la clause compromissoire.

Depuis longtemps, les clauses d'arbitrage font couramment partie des contrats commerciaux. Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, en 1966, la théorie en droit du Québec était bien fixée :

a) d'une part, était valable la clause par laquelle les parties acceptaient de soumettre leur différend à l'arbitrage d'un tiers, sans pour autant exclure le recours ultérieur aux tribunaux de droit commun;

b) mais était nulle, comme contraire à l'ordre public, la clause par laquelle les parties prévoyaient l'arbitrage final d'un différend et prétendaient exclure tout droit en regard des tribunaux(18).

Toutefois, voici que par un amendement sibyllin au Code de procédure, le législateur québécois édicte, le 1er septembre 1966, que "la clause

compromissoire doit être constatée par écrit" (article 951 C.p.)

Aussitôt, s'engage et dure pendant sept ans, une polémique relative à la portée de cette nouvelle disposition. Pour les uns, elle ne change rien à la doctrine antérieure ; pour les autres, au contraire, elle légalise la convention que la loi frappait, jusqu'alors, de nullité.

La Cour d'appel intervint en 1973(19) ; on y entend le souci de ne pas abandonner au seul législateur le soin d'assurer le progrès du droit du Québec :

> "À ce point, les tribunaux pourraient s'arrêter et continuer d'exprimer le voeu pieux que la législature dise, dans des textes clairs et concordants, que la clause compromissoire réelle est nulle ou qu'elle est valide. Cependant, eu égard aux circonstances actuelles, je suis d'opinion que les tribunaux doivent accepter la responsabilité de décider de la validité d'une clause compromissoire réelle à la lumière des textes existants. Les Commissaires ont dit que ce problème relève du législateur ou du juge. Comme le législateur n'a pas fourni de solution claire, les tribunaux doivent le faire." (Traduction)

Depuis lors, la Cour d'appel a réitéré, au moins deux fois, une prise de position identique(20).

Les hommes d'affaires ne s'en sont peut-être pas assez rendu compte, mais il s'agit là d'une mini-révolution qui modifie le régime légal antérieurement en vigueur et qui leur permet, dorénavant, d'avoir recours aux clauses d'arbitrage avec beaucoup plus de liberté : cette réforme est vraiment due à l'action législative des tribunaux.

Il s'agit là d'une situation saine et d'une collaboration souhaitable entre les Pouvoirs de l'État. Celui-ci ne saurait prétendre à l'infaillibilité ni, surtout, à l'immuabilité ; même un Code civil doit souffrir, qu'à l'occasion, un nouvel esprit anime sa lettre.

Dans son Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis reconnaissait avec humilité(21):

> "Qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative."

Puis, faisant la part des choses, Portalis prévoyait déjà la nécessité d'une interprétation évolutive du Code à venir(22) :

> "D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des moeurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?
>
> Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges."

Chez nous, au milieu du siècle dernier, ce n'était pas encore l'interprétation du Code civil mais sa création même qui préoccupait les esprits. Sous le régime de l'Union des deux Canadas, "c'était codifier ou périr" pour reprendre l'heureuse expression de monsieur le professeur Jean-Louis Baudouin(23).

En 1857, le Parlement décrétait la codification des lois existantes sur le modèle du Code civil français(24). En 1886, l'entreprise était achevée grâce à l'initiative et la persévérance de Sir Georges-Étienne Cartier. Sauf quelques interventions législatives épisodiques, le monument est demeuré intact durant un siècle. Pourtant, sous la surface immuable, des institutions naissaient ou se transformaient sous l'impulsion des tribunaux, et c'est là une singulière vertu de notre système juridique.

Monsieur le professeur Paul Crépeau, qui a été, pendant douze ans, l'inspiration motrice de l'Office de révision du Code civil du Québec, me pardonnera, j'espère, de trouver par trop sévère le jugement qu'il portait, en 1979, sur l'oeuvre des tribunaux québécois(25) :

> "L'interprétation judiciaire fut aussi sans conteste une source importante d'évolution. Par une oeuvre patiente, dont ne fut pas absente parfois même une certaine hardiesse, nos tribunaux ont eu la tâche de diriger l'application des règles du Code civil pour dispenser une pleine mesure de justice.
>
> ...Mais bien que les tribunaux n'aient pas pour fonction première d'assurer l'évolution systématique et coordonnée des règles de droit, on ne peut que déplorer les infiltrations, aussi injustifiables qu'inutiles, de concepts de common law consacrés par l'autorité de certaines décisions judiciaires. Il n'en est résulté que confusion des esprits et incohérence du droit positif."

Le reproche est, en partie, justifié ; mais il me paraît équitable de mettre, en regard, l'influence vivifiante que les tribunaux ont exercée dans l'authentique tradition civiliste et leur contribution à la mise à jour du Code civil en fonction de l'évolution des valeurs sociales.

C'est un truisme qu'en matière de responsabilité, le droit civil est basé sur la notion de faute. Or, s'il est facile de proclamer le principe, son application est rarement exempte de difficulté face au cours changeant et aux exigences concrètes de la vie en société ; elle n'en devient que plus difficile lorsqu'un particulier a causé des dommages à autrui sans avoir pour autant commis d'acte illégal.

Depuis longtemps, les tribunaux français avaient appliqué la théorie de l'abus de droit. On a pu entendre l'écho de cette jurisprudence dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec du 6 septembre 1974 (26), par lequel la Cour reconnut le bien-fondé, en vertu des lois du Québec, d'une action en dommages-intérêts intentée par un défendeur contre un demandeur qui, de mauvaise foi, avait fait saisir des marchandises de valeur dont il essayait de déposséder le défendeur : "Le recours",

écrivit le juge en chef de la Cour d'apel, "repose sur le délit d'abus de droit". On ne saurait être plus clair.

On assiste, ainsi, à la reconnaissance jurisprudentielle de la théorie de la relativité des droits individuels : le droit de chacun est limité par le droit des autres et l'exercice antisocial d'un droit entraîne sanction(27).

C'est une autre espèce d'abus de droit qui, jusque dans un passé récent, donnait ouverture à l'action en dommages pour détournement de l'affection d'un conjoint. Mais, au cours de la dernière décennie, les tribunaux du Québec, loin de regarder ce recours avec faveur, l'ont, au contraire, découragé, sauf dans le cas exceptionnel de la séduction dolosive. Le 26 février dernier, la Cour d'appel vient encore de réitérer cette prise de position, en rejetant l'action de l'épouse abandonnée contre la maîtresse de son mari(28). Les instances étaient venues du mari infidèle : sa deuxième flamme, dit la Cour d'appel, "n'était tenue civilement ni à la fuite ni à la résistance sans défaillance".

Il arrive, aussi, aux corps publics d'abuser de leur puissance. Il y a quelques années, un certain Robidoux exploitait un commerce d'épicerie sur la rue de LaSalle. La ville de Montréal entreprend la construction d'un égoût collecteur, ferme la rue pour un an et demi et érige une barricade de huit pieds de hauteur. Le commerce de Robidoux périclite et doit être fermé. La ville refuse d'indemniser Robidoux au motif qu'il n'a pas été exproprié, mais la Cour d'appel, confirmant la Cour supérieure, accueille le recours du citoyen lésé. Monsieur le juge Mayrand écrit(29) :

> "... les termes de l'article 407 C.Civ. dépassent les cadres de l'expropriation proprement dite:
>
> Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.
>
> Propriétaire d'un commerce, l'intimé a été empêché de l'exploiter à cause des travaux d'intérêt public entrepris par l'appelante. Il a donc été forcé de céder, au sens large du mot, son droit d'exploiter son commerce. Il n'est pas interdit de parler de ce droit comme d'une propriété aussi digne de protection

> qu'un droit de propriété portant sur un immeuble ou sur un meuble corporel."

Cette interprétation généreuse de la loi en faveur du citoyen se retrouve, de nouveau, dans un jugement rendu par la Cour d'appel à l'encontre des prétentions du Curateur public, le 14 janvier de cette année(30).

Le Curateur public s'oppose à un jugement qui le nomme curateur d'une personne interdite pour ivrognerie d'habitude. Il prétend qu'il existe un vide dans la loi et qu'il n'est pas tenu d'accepter cette charge. La Cour d'appel confirme la Cour supérieure qui avait entériné la nomination et rejette les prétentions du Curateur public. "It is totally against the spirit of the Act and, if need be, I am prepared to fill the gap by judicial interpretation". (Celles-ci, écrit monsieur le juge Kaufman, (traduction) "sont tout à fait contraires à l'esprit de la loi et je suis disposé, si nécessaire, à combler le vide par le biais de l'interprétation judiciaire").

C'est la même attitude qui a amené les tribunaux à donner un vêtement moderne à une disposition anachronique du Code civil : l'article 768.

Innombrables, en effet, sont les lois qui confèrent maintenant des avantages sociaux aux personnes qui, sans être légalement mariées, vivent ou ont vécu maritalement. Toutefois, jusqu'à son abrogation le 2 avril 1981 (31), l'article 768 prévoyait que

> "les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limités à des aliments."

Les tribunaux ont tenté d'harmoniser cet article avec la nouvelle réalité sociale.

Dans une affaire décidée par la Cour d'appel en 1976 (32), la veuve et la concubine se disputaient le produit d'une police d'assurance sur la vie d'un défunt. La police désignait comme bénéficiare "Janine--épouse". La concubine s'appelait Janine. L'épouse s'appelait Marie Rose Anna, s'était mariée avec les prénoms de Rose

Anna, dite Paule, mais affirmait au procès qu'on l'appelait, aussi parfois, Janine.

La Cour d'appel accueillit les prétentions de la concubine, mais il lui fallut écarter les objections de l'épouse tirées de l'article 768.

Monsieur le juge Bélanger donna à l'article, sous un aspect, une interprétation stricte. L'article 768 parle de la personne "avec qui (le donateur) a vécu en concubinage" ; n'est donc prohibée que la donation postérieure au concubinage.

Monsieur le juge Mayrand, dont l'opinion est partagée par monsieur le juge Casey, donne au même article une interprétation libérale sous l'aspect des aliments qui, seuls, peuvent conférer à la donation un caractère de validité. Il s'agissait d'un montant de 25 000 $ que monsieur le juge Mayrand qualifie comme suit (p. 18) :

> "...cette somme globale ne me paraît pas excessive pour assurer à une personne de 53 ans (l'âge de l'appelante au décès de l'assuré) les choses qui seront nécessaires à sa subsistance. La donation indirecte faite à l'appelante me semble donc limitée à des aliments et j'estime qu'elle est valide."

Les tribunaux ne sont, donc, pas à court de moyens pour adapter le Code aux réalités mouvantes contemporaines.

Le domaine des affaires et des professions n'échappe pas à cette activité judicicaire. Dans le domaine de la construction, l'article 1688, en matière de garantie, et l'article 2013, en matière de privilège, parlent de l'entrepreneur et de l'architecte. Cependant l'époque moderne a vu grandir le rôle de l'ingénieur ; mais le législateur n'a pas encore trouvé le moyen de l'ajouter aux endroits appropriés dans le Code. C'est la jurisprudence qui, pour éviter des dénis de justices, a élargi la définition de l'architecte et a fait tomber l'ingénieur dans le cadre de ces articles.

La Cour d'appel vient encore d'en décider ainsi, l'an dernier(33).

En 1978, le même article 1688 se trouvait au centre d'un débat au terme duquel la Cour suprême du Canada sanctionnait une interprétation intéressante en faveur de l'entrepreneur, de l'architecte et de l'ingénieur(34). Dans le cadre de travaux considérables pour la construction d'une vaste installation portuaire à Baie-Comeau, sur la rive nord du fleuve Saint-Laurent, une tour marine et un entrepôt à grains s'étaient effondrés. Un litige complexe s'engagea entre les différents acteurs. Sous la plume de monsieur le juge deGrandpré, la Cour suprême dégagea les principes suivants (p. 577) :

> "Le point de départ est la responsabilité des hommes de l'art ; ils sont responsables si la preuve n'établit pas à la satisfaction du tribunal la cause d'exonération qui résulte du fait du propriétaire. Si son expertise en la matière est très grande et qu'elle surclasse carrément celle des exécutants, la responsabilité de ceux-ci sera entièrement écartée. Si, par ailleurs, l'expertise du propriétaire est à peu près l'équivalente de celle des hommes de l'art, leur responsabilité ne sera que mitigée."

Dans l'espèce, l'expertise du propriétaire Cargill Grain était bien supérieure à celle des exécutants et Cargill Grain fut débouté partout.

Veut-on d'autres exemples? -- L'article 1053, comme l'article 1383 du Code Napoléon, établit les conditions de la responsabilité de l'auteur d'un dommage causé à autrui. La connotation de ce dernier mot a fait l'objet d'un débat récent jusqu'en Cour suprême du Canada (35). Une femme mariée subit des dommages à la suite de la faute professionnelle d'un chirurgien. Le mari réclame certains déboursés ainsi qu'une indemnité pour soins donnés à son épouse et pour perte de consortium. Le chirurgien plaide que le mot "autrui" s'applique à la seule victime, à l'exclusion de toute tierce personne, et nie tout recours au mari.

La Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour suprême ont été unanimes à rejeter cette prétention et à accueillir l'action du mari dans le cadre du mot "autrui", donnant, ainsi, à celui-ci une extension intéressante.

Enfin, comment passer sous silence la récente affaire Kravitz(36). Celui-ci poursuit directement General Motors à la suite de l'achat, chez un

distributeur, d'une automobile affectée de vices cachés. Malgré l'absence d'un lien contractuel direct entre les parties, tous les tribunaux donnent raison à Kravitz. Je ne saurais mieux faire, ici, que d'emprunter le commentaire du professeur Jean-Louis Baudouin(37) :

> "Enfin, sur le plan philosophique et doctrinal, l'arrêt Kravitz est un exemple remarquable de droit prétorien, de création jurisprudentielle. Si les textes du Code civil, sous la plume de la Cour suprême, parlent peut-être un peut trop, c'est qu'ils ont été torturés dans le processus. Dans une perspective téléologique, la chose était sans doute nécessaire. Une chose est cependant probable : la portée des textes du Code actuel conçus, à notre avis, pour s'appliquer uniquement dans le contexte du contrat entre le vendeur et l'acheteur immédiats, a été singulièrement étendue en faisant de la garantie légale une garantie erga omnes, indépendante des contrats subséquents et attachée directement à l'objet mobilier. Il est probable que telle n'était pas l'intention législative de 1866. Par contre, un autre fait est certain. Le Code actuel sur ce point ne répond plus du tout aux exigences juridiques et économiques modernes et la Cour suprême doit donc être félicitée d'avoir été sensible à ce point. Il est temps qu'une réforme intervienne."

On pourrait évidemment citer d'autres exemples avec avantage, mais ceux-ci suffiront pour mon propos.

La codification met donc au net les principes sur lesquels une société veut baser son organisation et elle fournit à l'action de tous les agents sociaux un fondement uniforme et connu. Des boulerversements ou une transition comme celle que nous connaissons, d'une époque à une autre, exigent, sans doute, une intervention législative afin d'éviter un dérapage nocif de la loi par rapport à la société qu'elle doit régir. C'est une procédure que le Québec vient d'entamer à la suite du dépôt de l'imposant Rapport de l'Office de révision du Code civil. Mais, hors ces cas extrêmes, le Code est capable d'adaptation et la fixité de l'expression juridique n'échappe pas à l'interprétation évolutive que les tribunaux peuvent lui donner.

On pourrait transposer chez nous les propos que Mack E. Barham, de la Nouvelle-Orléans, nous livrait dans sa communication ce matin :

> "... les tribunaux de la Louisiane ont adapté la terminologie souvent archaïque du Code aux usages du langage moderne et ont réellement créé, par leur jurisprudence, un mécanisme de codification permanente." (traduction).

Code civil et valeurs nouvelles ne sont donc pas antinomiques ; il suffit d'apprivoiser celles-ci à celui-là. La tâche appartient alors à la doctrine et à la jurisprudence. L'avenir jugera nos savants auteurs ; quant à la magistrature, elle a déjà prouvé qu'elle est capable de relever le défi.

NOTES :

1. A,-H. Sallengres, Éloge de l'ivresse, Paris, 1re éd., 1798, p. 116.
2. "The Precepts of Ptah-Hotep", by Philippe Virey, in Records of the Past, new series, Vol. III, edited by A.H. Sayce, London, 1890 ; traduction en français par l'auteur.
3. Ibid., chap. XLIV, p. 34.
4. Ibid., chap. XLII, p. 33.
5. V. Scheil, O.P., Textes Elamites-Sémitiques, 2e série, Paris, 1902, page 13, planche 3.
6. Ibid., p. 146.
7. Ibid., p. 133 ; C. Edwards, The Hammurabi Code, New York-London, 1904, p. 28.
8. Exode, 32, 15 et 16.
9. Exode, 32, 19.
10. Louis Milliot, Introduction à l'étude du Droit Musulman, Paris, Sirey, 1953, p. viii.
11. Ibid., p. 15.
12. René David, Les grands systèmes de droit contemporains, 4e éd., Paris, Dalloz, 1971, p. 543, note 1.
13. Ibid., p. 543, note 3.
14. Ibid., p. 550-551 ; Jean-Louis Baudouin, "Aperçus du système juridique chinois", Le Devoir, 13-14-15 juillet 1981.
15. Cité par David, op. cit., supra, note 12, p. 299.
16. J. Étienne Marie Portalis, "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", dans Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1844, p. 3
17. F. Laurent, Principes de droit civil, 4e ed., 1887, t. 1, p. 41

18. Vinette Construction Limitée c. Dobrinski et al, [1962] B.R. 62 ; National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales Ltd., [1964], R.C.S. 144.

19. Ville de Granby c. Désourdy Construction Limitée, [1973] C.A. 971.

20. Soquem c. Hébert et Les Pétroles Laduboros Ltée, C.A.Q. 9919 et 9920, [1974] C.A. 78 ; Harnassi Liman et Tahar Chaïeb c. K.L.M. Royal Dutch Airlines et Martins's Air Charter, [1974] C.A., 505.

21. Op. cit., supra, note 16, p. 5.

22. Ibid., p. 7 et 8.

23. Jean-Louis Baudouin, "Un Code civil en Amérique", dans Propos sur la rédaction des lois, 1977, 65, à la p. 69.

24. Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, 1857, 20 Victoria, chap. 43.

25. Projet de Code civil, Québec, Éd. off., 1978, vol. 1, Préface, p. XXVIII.

26. Antares Shipping Corporation c. Portland Shipping Company Inc. and The Bank of Montreal et al., C.A.Q., 9842, 6 septembre 1974 (non publiée) ; permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada le 27 janvier 1976.

27. Voir aussi Katz c. Reitz, [1973] C.A. 230.

28. Millette - Dansereau c. Lepage, [1981] C.A. 644 et autorités y citées.

29. Ville de Montréal c. Robidoux, [1979] C.A. 86, à la page 87.

30. Le Curateur public du Québec c. Jean-Marc Létourneau et al, [1981] C.A. 19, à la p. 22.

31. Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39, art. 35, proclamée en vigueur le 2 avril 1981, 1981 G.O.Q. p. 1565.

32. Favreau c. Lapointe et l'Economi Mutuelle d'Assurance, [1977] C.A. 15.

33. Loebenberg c. National Trust Company Ltd. et Freed, [1980], C.A. 197.

34. Davie Shipbuilding Limited and Cargill Grain Company Limited and The Foundation Company of Canada Limited, [1978] 1 R.C.S. 570.

35. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret, c. Laurent, [1978] 1 R.C.S. 605.

36. General Motors Products of Canada Limited c. Kravitz, [1979] 1 R.C.S. 790.

37. Jean-Louis Baudouin, "Chronique de droit civil québécois : session 1978-1979", dans The Supreme Court Law Review, vol. 1, 1980, 249, à la page 268.

M. Paul-André Crépeau :

Monsieur le juge en chef, permettez-moi de vous dire, très simplement, combien votre éloquent plaidoyer en faveur de la tradition civiliste et du rôle fécond que peut jouer la jurisprudence dans son évolution montre à quel point nous avions raison de souhaiter que vous acceptiez notre invitation à donner le mot de la fin de ce colloque. J'inviterais maintenant monsieur Sparer à donner quelques indications concernant la publication éventuelle des travaux de ce colloque.

M. Michel Sparer :

J'aimerais vous indiquer que le Conseil de la langue française entend publier intégralement les actes de ce colloque et également que le Conseil de la langue française est disposé et même souhaite pouvoir intégrer à ces actes toutes communications, même celles qui n'auraient pas été préparées pour ce colloque mais qui seraient pertinentes à son thème.

Je voudrais souligner le concours de nombreuses personnes, que je ne pourrais nommer toutes ici, au sein de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, de nos collègues du comité d'organisation, notamment à l'Université de Montréal, monsieur Ejan Mackaay et surtout au sein du Conseil de la langue française, organisme que j'ai vu se mobiliser, depuis plusieurs mois, pour contribuer à faire de ce colloque une réussite, conscient du fait que la survie du Code civil et son épanouissement est un des facteurs majeurs de la défense de notre francophonie en Amérique du Nord.

M. Paul-André Crépeau :

Monsieur le Juge en chef, distingués invités. Nous en sommes malheureusement arrivés au terme de notre colloque. Je voudrais m'associer aux paroles que vient de prononcer mon collègue, monsieur Michel Sparer, pour dire tout d'abord combien nous sommes redevables au Conseil de la langue française qui a essentiellement assuré la réalisation de ce colloque. Je voudrais, bien sûr, remercier l'Université McGill et l'Université de Montréal pour l'appui qu'elles nous ont prodigué. Je pense que nous devons également remercier sincèrement le ministère de la

Justice du Québec, les gouvernements de France, de Belgique, des Pays-Bas, de même que l'Institut Goethe de Montréal, pour avoir facilité la participation d'un bon nombre de nos collaborateurs. Je voudrais, maintenant, tout simplement vous dire au revoir et j'ose espérer que cette réunion de famille de civilistes auxquels se sont joints de distingués représentants de la tradition de common law aura été l'occasion de renouer, pour certains, de précieux liens d'amitié et d'en tisser de nouveaux. Et pour cela, je pense que ce colloque aura été une grande réussite.